

UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES
DE PARIS

LE ROLE DE LA RÈGLE DE CONFLIT DANS LE RÈGLEMENT DES RAPPORTS INTERNATIONAUX

THÈSE

pour le
DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 20 décembre 1971

par

France DEBY-GÉRARD

MEMBRES DU JURY

Président : M. Berthold GOLDMAN

Assesseurs : MM. Henri BATIFFOL
Yvon LOUSSOUARN

DALLOZ
PARIS
1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES
DE PARIS

**LE ROLE
DE
LA RÈGLE DE CONFLIT
DANS LE RÈGLEMENT DES RAPPORTS INTERNATIONAUX**

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 20 décembre 1971

par

France DEBY-GÉRARD

MEMBRES DU JURY

Président : M. Berthold GOLDMAN

Assesseurs : MM. Henri BATIFFOL
Yvon LOUSSOUARN

DALLOZ
PARIS
1973

*L'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris
n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions
émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.*



LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act. Jurid.</i>	<i>Actualité Juridique.</i>
<i>A.T.F.</i>	<i>Arrêts du Tribunal Fédéral suisse (Recueil Officiel).</i>
<i>Batiffol (H.), Traité</i>	<i>Traité élémentaire de droit international privé, 3^e éd. 1959 ou 4^e éd. 1967 (L.G.D.J.).</i>
<i>Batiffol (H.) et Lagarde (P.), Traité</i>	<i>Traité de droit international privé, 5^e éd., 2 vol., 1970-1971 (L.G.D.J.).</i>
<i>B.G.B.</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).</i>
<i>B.G.H.</i>	<i>Bundesgerichtshof.</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambres Civiles).</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de Cassation.</i>
— <i>Civ.</i>	<i>Cour de Cassation, Chambre civile, Section civile.</i>
— <i>Com.</i>	<i>Cour de Cassation, Chambre civile, Section commerciale.</i>
— <i>Soc.</i>	<i>Cour de Cassation, Chambre civile, Section sociale.</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil.</i>
<i>C. com.</i>	<i>Code de commerce.</i>
<i>C. Féd. Allemagne</i>	<i>Cour Fédérale d'Allemagne (ou B.G.H.).</i>
<i>Chron.</i>	<i>Chronique.</i>
<i>C.I.J.</i>	<i>Cour Internationale de Justice.</i>
<i>Clunet</i>	<i>Journal du droit international.</i>
<i>Comité de Dr. Int. Pr.</i>	<i>Travaux du Comité Français de Droit International Privé.</i>
<i>C.P.J.I.</i>	<i>Cour Permanente de Justice Internationale.</i>
<i>Cpr.</i>	<i>Comparer.</i>
<i>C. proc. civ.</i>	<i>Code de procédure civile.</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz.</i>
<i>D.A.</i>	<i>Recueil analytique Dalloz.</i>
<i>D.H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire Dalloz.</i>
<i>D.M.F.</i>	<i>Droit Maritime Français.</i>
<i>D.P.</i>	<i>Recueil périodique Dalloz.</i>
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais.</i>
<i>I.H.E.I.</i>	<i>Institut des Hautes Etudes Internationales.</i>
<i>J.-Cl. Dr. Int.</i>	<i>Juris-Classeur de droit international.</i>
<i>J.C.P.</i>	<i>Jurisclassseur Périodique (ou Semaine Juridique).</i>
<i>J.O.</i>	<i>Journal Officiel.</i>

<i>Lebon</i>	<i>Recueil Lebon.</i>
<i>Lerebours-Pigeonnière (P.) et Loussouarn (Y.), Précis...</i>	<i>Précis de droit international privé, 9^e éd., 1971 (Dalloz).</i>
<i>Mélanges Dabin</i>	<i>Mélanges offerts à J. Dabin, 2 vol., 1963.</i>
<i>Mélanges Maury</i>	<i>Mélanges offerts à J. Maury, 2 vol., 1960.</i>
<i>Mélanges Roubier</i>	<i>Mélanges en l'honneur de P. Roubier, 2 vol., 1961.</i>
<i>Mélanges Secrétan</i>	<i>Mélanges offerts à R. Secrétan, Montreux, Université de Lausanne, 1964.</i>
<i>N.E. (2d.)</i>	<i>Northeastern Reporter (second series).</i>
<i>Not.</i>	<i>Notamment.</i>
<i>N.Y. (2d.)</i>	<i>New York Court of Appeals Reports (Second Series).</i>
<i>Rec. Penant.</i>	<i>Recueil Penant.</i>
<i>Recueil</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.</i>
<i>Rép. Dr. Intern. Dalloz</i>	<i>Répertoire Dalloz de Droit International, 2 vol., sous la direction de M. Francescakis.</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage.</i>
<i>Rev. F. Dr. aérien</i>	<i>Revue française de droit aérien.</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé.</i>
<i>Rev. trim. dr. com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial.</i>
<i>Rev. trim. dr. europ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen.</i>
<i>Revue</i>	<i>Revue Critique de Droit International Privé.</i>
<i>R.G.</i>	<i>Reichsgericht.</i>
<i>R.G.A.</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres.</i>
<i>Rigaux (F.), Précis</i>	<i>Précis de droit international privé, Bruxelles (Larcier), 1968.</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey, Recueil général des lois et arrêts.</i>
<i>Spéc.</i>	<i>Spécialement.</i>
<i>Trib. Féd.</i>	<i>Tribunal Fédéral suisse.</i>
<i>U.S.</i>	<i>United States Supreme Court Reports.</i>
<i>W.L.R.</i>	<i>Weekly Law Reports.</i>
<i>W.W.R.</i>	<i>Western Weekly Reports.</i>
<i>Z.P.O.</i>	<i>Zivilprozessordnung.</i>

PRÉFACE

Madame Deby-Gérard pèse ses mots : connaissant à merveille leur valeur et soucieuse à l'extrême de ne pas s'en départir, elle va parfois jusqu'à en rappeler la définition. « Classique », écrit-elle incidemment « cette doctrine (de l'ordre public) l'est au sens étymologique « du terme, de ce qui fait autorité à une époque donnée », et elle précise en note « ... ou, au sens du Littré, de ce qui est à l'usage des classes » (et en vérité, cette seconde définition est plus étymologique que la première).

D'aucuns se demanderont si l'ensemble de l'ouvrage qu'il nous est une joie de présenter n'est pas d'un classicisme ainsi entendu, car ils penseront y voir une « nouvelle défense de l'appareil classique » au-delà du domaine particulier des conflits de systèmes dans lequel l'auteur définit expressément ainsi sa pensée et son propos. Ils auront tort, car lorsque « l'appareil classique » est, comme sous nos yeux, sérieusement mis en cause, il cesse d'avoir une autorité sans partage et d'être seul à l'usage des classes : se « dresser (alors) avec fougue » pour le défendre — comme avant de poser sa plume, Madame Deby-Gérard confesse l'avoir fait, fût-ce en concédant qu'il doive accepter des aménagements limités — qu'est-ce, sinon amorcer une nouvelle contestation ?

C'est en effet contre la mise en cause de la « règle de conflit de type « classique, règle bilatérale, destinée à rechercher, grâce à un élément « de rattachement, la loi locale ou étrangère apte à régir un rapport « de droit », qui a fait entrer « le droit international privé... dans l'ère « nouvelle de la crise des conflits de lois » que l'auteur s'élève : son étude, déclare-t-elle dès l'abord, se donne « pour objet le rôle qui, malgré « (les) attaques (qui les assaillent) est mais aussi doit être dévolu aux « règles de conflit dans les rapports internationaux ».

On le sait, l'assaut est double ; mais entre les deux fronts sur lesquels il se livre, l'auteur modifie le critère et déplace la ligne de partage, tels qu'à la suite de Kegel ils sont habituellement présentés. Aux deux bataillons de la « forum faction » et des « substantivists », elle substitue en effet pour leur faire face tour à tour, le combat méthodologique et le combat sociologique contre la règle de conflit : le premier dénie, à l'intérieur d'un système national de droit international privé, l'exclusivisme de la règle de conflit comme méthode de règlement des rapports internationaux, la réduisant au rôle d'un procédé technique parmi d'autres ; le second est né dans le milieu de la « société internatio-

nale des commerçants », et se livre « pour la défense des intérêts que « ce milieu estime être les siens ».

Le critère mériterait discussion, car l'assaut méthodologique est alimenté par le sentiment — fondé ou non — que la règle de conflit « classique » ne répond pas toujours aux exigences, différentes mais point opposées, de l'organisation de la société dans le cadre d'un Etat national et de ses échanges internationaux ; réciproquement, la recherche par la société internationale des commerçants de règles « substantielles » et largement suivies pour gouverner les rapports qui s'y nouent, si elle traduit sans conteste le besoin de solutions propres à cette société, exprime aussi sa réticence à entrer dans les « broussailles » des règles de conflit — sinon dans leur « marécage sinistre » dont l'auteur rappelle plaisamment l'injuste description.

Mais en vérité, dépassant elle-même la méthodologie, cette répartition des assauts traduit le ferme attachement de l'auteur au caractère fondamentalement national de la règle de conflit : aussi bien la défense de cette règle comme telle est-elle complétée, dans la troisième partie de l'ouvrage, par celle de la règle de conflit du for : la « découverte » de la question préalable ne convainc pas Madame Deby-Gérard, qui propose d'autre part de répondre aux problèmes posés par les conflits de systèmes par une généralisation du renvoi, et approuve nos juges de veiller à l'observation de la règle de conflit française par les décisions étrangères dont on entend se prévaloir en France.

Dans le cadre d'un système national de droit international privé, l'auteur s'interroge d'abord sur la portée réelle de la doctrine des règles d'application immédiate, pour conclure que sous réserve d'un modeste résidu de normes d'application unilatérale, le conflit de méthodes que cette doctrine est supposée avoir fait naître n'est qu'un mythe. Le principe d'application immédiate réunit en effet à ses yeux tous les caractères d'une règle de conflit : choix d'un facteur de rattachement, détermination du champ d'application dans l'espace en fonction de ce facteur de rattachement, enfin, possibilité de bilatéralisation (sauf précisément pour quelques rares normes que la nature de l'élément de rattachement réduit à une application unilatérale). Simplement, la règle de conflit est ici spéciale, en ce sens que le rattachement dont elle tient compte n'est pas général et abstrait — comme les rattachements classiques de la nationalité, du domicile, du lieu de situation d'un bien, etc... — et ne permet dès lors pas de définir le champ d'application d'un ensemble de règles, relatives à un ensemble de rapports juridiques formant un statut ; il n'est pas, souligne l'auteur, de « statut des lois de police », mais des rattachements spécifiques à chacune d'elles, établis en fonction de son contenu, et dont bon nombre restent à établir.

La démonstration est implacable, et l'on saura gré à Madame Deby-Gérard d'avoir ainsi largement démythifié la « révolution » des règles d'application immédiate. On peut cependant se demander si le caractère « spécifique » qu'elle reconnaît à leur rattachement n'a pas une portée plus grande que celle qu'elle lui concède : à la différence des

rattachements généraux, qui reposent sur l'objet des lois qu'ils concernent (personne, biens, actes et faits juridiques, etc...) ces rattachements spécifiques sont en effet établis en raison du contenu concret des règles dont ils déterminent le champ d'application, précisément parce qu'il n'est guère possible de les définir par un objet commun. Or, ce lien étroit entre contenu (lui-même fruit d'une politique législative déterminée) et rattachement ne rend-il pas plus difficile l'emploi de celui-ci pour définir la sphère d'application d'une loi étrangère dont le contenu est différent ? Concrètement, par exemple, les lois françaises sur la concurrence tendent à en protéger la liberté et l'effectivité, c'est-à-dire à assurer le fonctionnement du marché national selon un modèle déterminé, si bien qu'elles s'appliquent à toute pratique produisant un effet sur ce marché ; de manière partiellement différente, les lois anglaises s'attachent principalement à combattre les monopoles, si bien que leur application territoriale est liée à l'exercice d'une activité prédominante sur le marché anglais. Etendre aux secondes le critère de rattachement des premières, c'est ne pas tenir compte de cette différence de politiques législatives ; l'auteur perçoit, certes, la difficulté, mais pense que le renvoi suffirait à la résoudre, ce qui n'est pas certain. Peut-être le choix de la loi en fonction de la politique législative qui l'a déterminée et de la préférence qu'elle mérite, selon la méthode suggérée par l'école américaine contemporaine trouverait-il ici une application justifiée ; mais de toute manière, c'est toujours d'une règle de conflit, ou à tout le moins d'un procédé « conflictuel » qu'il s'agirait, si bien que cette observation ne met pas en cause la remarquable démonstration de Madame Deby-Gérard.

On peut trouver trace aussi de son aristotélicienne préférence pour la forme, au détriment de la substance, dans le caractère exclusivement national qu'elle confère à la jurisprudence qui a élaboré d'essentielles règles matérielles dans le domaine des paiements et de l'arbitrage internationaux. Car il est vrai que formellement, cette jurisprudence est une source interne de droit ; mais elle répond — et le dit expressément — aux besoins propres du commerce international, et tient compte de ses usages. N'est-elle pas, dès lors, substantiellement internationale, et est-il vraiment interdit de penser qu'en présence de besoins et d'usages qui se retrouvent dans l'activité économique internationale, quel que soit le poste national d'observation d'où on les appréhende, les juges d'autres pays seront conduits vers des solutions semblables, contribuant ainsi à la formation (ou plutôt, à la reconstitution) d'un *jus gentium* qui ne serait pas condamné à n'être qu'une branche des systèmes nationaux ?

Mais si elle ne l'affirme — et avec quelle cinglante vigueur — que dans les dernières lignes de son ouvrage, c'est en toutes ses parties que l'auteur ne juge « que sur ce qui est, non sur qui sera peut-être, à la « différence de ceux qui n'avancent d'autre preuve que leur propre « volonté de modifier ce qui est : mouvement apollinien contre sursauts « d'yonisiaques... ».

Sursaut dyonisiaque donc, aussi, que la constatation ou la perspective d'un renouveau de la *lex mercatoria*, dans la société internationale des commerçants ; l'auteur la scrute, après avoir refait la démonstration du rattachement de tout contrat à une loi étatique (sans accorder peut-être ici une place suffisante à l'évolution que les arrêts Zanarelli et Hecht paraissent amorcer), mais brillamment décortiqué aussi la loi d'autonomie, pour montrer qu'elle n'est déterminée par une règle de conflit qu'en l'absence d'une clause expresse la désignant.

Mais en vérité, si ses conclusions sont passionnées, la recherche de Madame Deby-Gérard obéit aux lois rigoureuses de la méthode expérimentale. On lui saura donc gré d'avoir examiné un nombre déjà important de sentences arbitrales, et d'avoir décelé, dans certaines d'entre elles, le souci des arbitres internationaux de dépasser la règle nationale de conflit, voire le système des conflits lui-même. Quantitativement, cependant, la moisson lui paraît mince, et nul ne contestera qu'elle le soit ; peut-être, cependant, l'auteur ne tient-elle pas suffisamment compte de l'esprit qui anime les arbitres internationaux, alors que la prudence leur faisant « accrocher » leurs décisions aux règles d'un droit national, ils interprètent celui-ci en tenant compte des besoins du commerce international. Et l'on peut aussi regretter qu'elle ne fasse pas la place qu'elle mérite à l'effectivité de la *lex mercatoria*, qui se manifeste le plus souvent sans que soit atteint le niveau du contentieux.

Là encore, cependant, ces observations ne diminuent en rien l'extrême intérêt de l'analyse à laquelle Madame Deby-Gérard s'est livrée : que les apolliniens y voient les limites actuelles d'une évolution qui s'amorce n'empêchera pas les dyonisiaques d'y trouver un aliment de leurs sursauts ; l'histoire n'est-elle pas bien connue du verre à moitié vide ou à moitié plein, selon que le buveur est pessimiste ou optimiste ?

Ainsi, l'auteur a montré la primauté présente de la règle de conflit en soi. Il lui restait, on l'a dit, à montrer aussi que cette règle de conflit reste essentiellement celle du *for*. On admettra avec elle, sans réserve, que ce complément était nécessaire, car il parachève le tableau d'un classicisme vigoureusement défendu. L'on se félicitera surtout qu'elle nous l'ait apporté, car il lui permet de déployer à nouveau son incomparable puissance d'analyse et la force singulière de son raisonnement. Il serait difficile d'y trouver une faille, pour autant qu'il s'agit des questions préalables et des conflits de systèmes ; confesserons-nous, en revanche, ne pas avoir été entièrement convaincu par la défense du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger de qui émane la décision soumise à exequatur en France ? Sans doute ce contrôle n'est-il pas, en fait, un obstacle grave aux effets des jugements étrangers ; mais Madame Deby-Gérard est un trop farouche champion de la logique pour se contenter de cet argument. Elle tente alors de justifier rationnellement la solution, mais n'y parvient qu'en prenant délibérément parti pour un nationalisme juridique que pour classique qu'elle soit, elle sait par ailleurs tempérer.

Contestataire en dépit des apparences, ce livre appelle la contestation. Mais il est temps de dire qu'il appelle aussi l'admiration. Par

sa forme d'abord, dont on ne craint pas d'écrire qu'elle est parfaite, si bien que rarement rencontrée à toute époque, elle est aujourd'hui exceptionnelle. Par la précision de l'analyse, ensuite, mise au service d'une pensée elle aussi exceptionnellement ferme, et ce qui n'est certes pas moins important, courageuse. On a déjà dit que cette pensée dépassait ce qui est à l'usage des classes ; on souhaite qu'elle puisse, dans un proche avenir, s'exprimer dans les amphithéâtres.

Berthold GOLDMAN.

INTRODUCTION

1. — L'évolution des idées plus encore que celle du droit positif place aujourd'hui au premier rang des problèmes du droit international privé la préoccupation du rôle devant revenir au procédé connu sous le nom de « règle de conflit » dans la réglementation des rapports internationaux.

Il n'y a guère de temps encore, l'enseignement traditionnel dispensait aux générations successives l'opinion que le corps des règles relatives aux relations nouées par delà les frontières entre particuliers, formant la matière du droit international privé, était un ensemble de règles de conflit, que celles-ci formaient donc l'objet exclusif de la discipline considérée (1).

Un tel mode de solution des rapports internationaux n'était pas cependant sans appeler quelques réserves, surtout de ceux qui en déploraient la complexité, allant jusqu'à le décrire comme « un marécage sinistre plein de borbiers mouvants, peuplé de savants et excentriques professeurs qui spéculent sur des matières mystérieuses dans un jargon étrange et incompréhensible » (2). Mais il n'y avait encore dans cette contestation que l'expression d'un mouvement naturel de répugnance — observable chez l'étudiant comme chez le praticien que, sauf exception, il devient tôt ou tard — devant un procédé affiné par des siècles de réflexion, un procédé trop élaboré : contre cette tendance s'élevait de la chaire la voix puissante de Niboyet, lorsqu'il désignait les intérêts divers, notamment culturels, d'une étude des conflits de lois.

2. — Cette ère d'aversion latente appartient au passé. La règle de conflit fait aujourd'hui l'objet d'un assaut concerté, d'un faisceau d'attaques venant d'horizons divers mais convergeant vers ce but qui semble leur être commun, celui d'un amoindrissement, si ce n'est parfois d'une disparition même, du rôle des règles de conflit : le droit international privé est entré dans l'ère nouvelle de la crise des conflits de lois (3).

(1) Si l'on excepte le fait que la nationalité, la condition des étrangers comme les conflits de juridictions faisaient également l'objet d'un enseignement traditionnel du droit international privé.

(2) W. L. PROSSER, cité par A. BLAND, in *A century of Family Law*, Londres, 1957, p. 378.

(3) Cf. NEUHAUS, *Die Krise im internationalen Privatrecht*, 3 *Deutsch Rechtszeitschrift* 86.87, 1948 ; KRONSTEIN, *Crisis of conflict of Laws*, 37 *Georgetown*

Telle levée de boucliers contre une technique qui semblait avoir assez fait la preuve de ses mérites a déterminé l'intérêt d'une étude se donnant pour objet le rôle qui, malgré ces attaques, *est* mais aussi *doit être* dévolu aux règles de conflit dans le règlement des rapports internationaux. Peut-être certains esprits jugeront-ils l'entreprise hasardeuse devant l'état de moindre élaboration de telles questions nouvelles, prématurée en présence d'un droit français dont l'inspiration demeure largement conflictualiste, et sur lequel les idées neuves paraissent souvent glisser comme l'eau sur la plume du cygne. Si l'on ne devait même pas prendre en considération les développements récents de nombre de systèmes juridiques étrangers, notre dessein serait encore cependant suffisamment justifié par l'amplitude du débat doctrinal qui, sous l'impulsion des plus éminents internationalistes, s'est récemment engagé en France.

3. — La règle de conflit de type classique, règle bilatérale, destinée à rechercher, grâce à un élément de rattachement, la loi locale ou étrangère apte à régir un rapport de droit, est un mode de solution des rapports internationaux susceptible d'entraîner, en des sens opposés, deux ordres de critiques. On peut en effet lui reprocher tant un excès d'internationalisme — pouvant mener à la désignation d'une loi étrangère là où compétence exclusive devrait être revendiquée au profit de la loi matérielle du for —, que, d'un point de vue tout différent, une incapacité à assurer un règlement satisfaisant aux relations internationales qu'elle soumet invariablement aux prescriptions d'une loi interne, étatique. C'est en ce sens que M. Kegel (4) a situé la crise des conflits de lois par rapport aux attaques conjuguées de la « forum faction » d'un côté, des « substantivists » d'autre côté.

Cet exposé nous paraît insuffisant pour deux raisons. Les atteintes, tentées ou réussies, que l'on peut relever à l'encontre de la suprématie classique de la règle de conflit sont, en premier lieu, plus diversifiées, plus nuancées qu'il ne résulte de cette présentation. Celle-ci, en second lieu, fait une part trop importante et quasi-exclusive aux mouvements doctrinaux. Or, si c'est une pensée scientifique qui parfois détermine, toujours dogmatise, de nouvelles restrictions du rôle de la règle de conflit, ces dernières peuvent également trouver leur source dans la jurisprudence, dans la législation interne ou internationale, enfin — et ceci est plus nouveau — dans la pratique des individus mêmes entre qui se font et se défont les rapports internationaux. Les considérations suivantes nous ont permis de regrouper ces diverses attaques d'une manière qui nous a paru correspondre à la réalité.

L. T. 483-513, 1949; KEGEL, *The crisis of conflict of Laws*, *Recueil*, n° 112, II, p. 95 et s. — V. aussi G. VAN HECKE, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, *Recueil*, n° 126, 1969, I, p. 399 et s.

(4) Cf. son *Cours*, préc., professé à La Haye.

4. — Nous avons été amené à enregistrer une première proposition de restriction au rôle de la règle de conflit sur un plan proprement *méthodologique* : autrefois confondue avec la matière même du droit international privé, on affirme aujourd'hui avec conviction que la règle de conflit n'est qu'un procédé technique utilisé par une discipline peu douée, à cet égard, d'exclusivisme. C'est ainsi que naît la notion de « système de droit international privé », autrefois ensemble des règles de conflit d'un même pays, à présent agrégat informe dans lequel le procédé conflictuel occupe une place que l'on tient désormais pour résiduelle.

L'idée de mettre ainsi en concurrence avec les règles de conflit les « lois de police », d'une part, les « règles de droit international privé matériel », d'autre part, a été inspirée tant par le développement du rôle de l'Etat — sensible sur ce plan comme il l'est en pur droit interne — que par l'observation d'une certaine jurisprudence marquant en des solutions inédites sa volonté de s'écarter des voies traditionnelles. Nous serons donc conduit à examiner ces « procédés » que l'on prétend rivaux, mais en cherchant — dans ce qui formera ainsi le premier objet de notre étude — s'ils ne se ramènent pas en réalité par quelque point au mécanisme conflictuel, si celui-ci, loin d'être résiduel, ne conserve donc pas, au sein d'un système de droit international privé, la place que lui désigne sa précellence.

5. — Il nous est apparu cependant rapidement que la mise en cause du rôle des règles de conflit ne se limitait pas à cet ordre de considérations, mais revêtait également un aspect que nous serions tenté de qualifier de *sociologique*, la contestation prenant ici forme dans un milieu social déterminé et pour la défense des intérêts que ce milieu estime être siens.

Ce milieu est celui formé par ceux qui participent au commerce international, embryon de « société internationale des commerçants », mais embryon auquel ne manquent ni les organisations professionnelles, ni les règlements et contrats-types, ni enfin les juridictions particulières. Ainsi pourvu, un tel milieu tend à s'affirmer de manière autonome par rapport aux sociétés étatiques et, surtout, par rapport à leur droit et à leurs juges chargés de le dire. Ce n'est plus ici d'une crise de méthode, propre à une discipline, qu'il est question, mais d'une crise du droit tel que le façonnent les systèmes étatiques. Or, faisant elle-même partie intégrante de ces systèmes, la règle de conflit conduit en outre à la désignation d'un droit national inadapté : si, comme on le soutient parfois, il y a dans le cadre de cette ébauche de société internationale, une désaffection vis-à-vis des règles de conflit de lois, il faut y voir une conséquence inéluctable du refus plus ou moins conscient du droit et des tribunaux étatiques (5). Déterminer la mesure dans laquelle

(5) Voir P. LEPAULLE, *Les réalités sociales et le droit international privé*, communication du 28 novembre 1966, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971.19 et s.

un tel rejet du droit étatique, ensemble ses règles de conflit, est dans le cadre ainsi dressé possible et acceptable, sera pour nous une seconde ambition.

Dans la poursuite de la satisfaction de celle-ci, il nous sera peut-être fait grief de n'avoir pas mentionné la jurisprudence, française notamment, qui a forgé des règles libérales, propres au commerce international, règles de droit international privé matériel, dans lesquelles certains voient la reconnaissance implicite, mieux, la consécration explicite d'un nouveau droit commun substantiel, la *lex mercatoria* : si de telles solutions sont effectivement élaborées en considération expresse des nécessités du commerce international, il n'en reste pas moins qu'elles font appel à une méthode qu'il nous a paru du plus grand intérêt de comparer, pour déterminer dans quelle mesure elle en est distincte, à celle des conflits de lois. En d'autres termes, elles ont évoqué pour nous un problème méthodologique, non sociologique, de sorte que pour en aborder l'étude, nous les avons replacées dans le cadre, qui est le leur, d'un système national de droit international privé.

6. — Il semblait enfin difficile de définir les cas dans lesquels l'on doit recourir à une règle de conflit sans chercher à établir de *quelle règle de conflit* il fallait faire usage.

Le problème du choix de la règle de conflit — règle étrangère ou règle du for — se pose en termes aigus dans la science du droit international privé contemporain depuis que, raisonnant sur certaines espèces de renvoi, la doctrine a fait ressortir la divergence, résultante de leur caractère national et particulariste, des règles de conflit de lois propres à chaque système juridique.

Si les vues plus anciennes n'ont point perçu l'existence des « conflits de systèmes » ou, plutôt, s'en sont désintéressées, c'est qu'une unique directive prévalait alors : celle de l'utilisation, par le juge saisi, de son propre système de conflits de lois, système du for. La justification en était — mais la vérité qu'elle recèle s'est-elle modifiée ? — que l'ensemble de nos règles de conflit exprime, comme pour chaque pays, nos vues propres sur la répartition des compétences législatives et sur l'organisation des rapports internationaux. Proposer de renoncer à cette mise en œuvre de la règle du for au profit du recours à une norme étrangère, c'est suggérer — voire affirmer ouvertement — que notre règle de conflit n'exprime pas une vue convenable du règlement des rapports internationaux : c'est, de quelque manière, amoindrir son rôle.

Cette étude, succédant aux précédentes, nous fournira un objectif dont, en dépit de son intérêt, la moindre nouveauté justifiera qu'il soit ultime.

PREMIÈRE PARTIE

**PLACE DU PROCÉDÉ
CONFLICTUEL
DANS UN
SYSTÈME DE DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ**

7. — Selon le schéma classique, le juge saisi d'un litige présentant un élément d'extranéité consulte sa règle de conflit de lois pour déterminer le droit — local ou étranger — applicable en la cause. L'observation de notre jurisprudence de droit international privé ne rend pas toujours compte de cette démarche, mais semblerait au contraire révéler qu'en certaines hypothèses le juge applique directement, sans recourir aux règles de conflit de lois, sa propre norme substantielle.

Cette différence de méthode — dont il y aura lieu de vérifier la réalité —, que la jurisprudence justifie par des motifs aussi divers que leur valeur est inégale, s'exprimerait dans l'idée qu'il existe des limites au domaine du droit des conflits, qu'il n'y aurait pas — comme on l'a naguère soutenu — coïncidence entre l'objet du droit international privé et la technique du choix de la loi que représente la règle de conflit.

C'est sur cette absence de caractère exclusif de la norme de conflit que la doctrine récente a mis l'accent en présentant la règle de conflit comme un « procédé » particulier, opposé à celui que représenteraient les règles qui délimitent l'application des lois dans l'espace (1). Ainsi, M. Francescakis, analysant les composantes d'un « système de droit international privé » (2), y minimise particulièrement l'importance du droit des conflits (3) : c'est « un procédé », « ce n'est que cela ». Pour l'auteur, la règle de conflit perd ou doit perdre toute prétention à la plénitude, car elle est mise en échec par cet autre procédé assurant la « réglementation directe et matérielle » des faits de la vie internationale, auquel M. Francescakis donne le nom générique de « règles d'application immédiate » (4).

8. — La doctrine qui met ainsi en exergue la relativité du rôle de la règle de conflit ne prétend point innover, mais au contraire renouer avec une tradition historique, à ses dires négligée, et dont elle se réclame, tradition que l'on trouve particulièrement exprimée chez Savigny.

(1) En effet, si la règle de conflit prend pour point de départ la relation humaine pour déterminer la loi qui lui est rationnellement applicable, la seconde méthode consiste à considérer la norme substantielle pour vérifier si elle englobe dans son champ d'application la relation juridique considérée.

(2) *Le renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, Sirey, 1958.

(3) En ce sens : MAURY, Compte rendu de l'ouvrage de P. Francescakis, *Revue*, 1958, p. 603.

(4) *Le renvoi...*, préc., p. 49-50. La règle de conflit perd aussi, pour M. Francescakis, sa prétention à l'autonomie, contrairement à l'image classique qui en est donnée, « à raison de sa dépendance par rapport à des critères matériels » — ce qui est une autre question.

Savigny admettait que si, en principe, « pour prononcer sur un rapport de droit en contact avec différents Etats indépendants, le juge devait appliquer le droit local auquel appartient le rapport de droit litigieux, sans distinguer si ce droit est celui de son pays ou celui d'un Etat étranger », une restriction devait être apportée à ce principe : « car il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance de la communauté du droit entre différents Etats. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger » (5).

La tradition juridique française en matière de conflits de lois ne serait pas sans connaître une semblable distinction que l'on pourrait tenir pour exprimée aussi bien par les écrits de Bouhier, marquant l'état de la doctrine à la fin de l'Ancien Régime (6) que par les travaux préparatoires et la rédaction définitive de l'article 3 du Code civil (7).

Depuis des temps assez anciens, on aurait donc observé que toutes les lois ne se situaient pas sur le même plan, que certaines échappaient à l'emprise des conflits de lois. Il est à noter (8) que, paradoxalement, c'est la considération de la loi qu'il s'agit d'appliquer qui déterminerait l'emploi ou le rejet de la règle de conflit — donc, le domaine du droit des conflits — alors que cette même considération demeure étrangère aux solutions du règlement des conflits de lois (9).

Il serait donc des lois d'une espèce qui répugne au jeu des conflits de lois : c'est ce que l'on tend à exprimer par les expressions aujourd'hui volontiers employées de « procédés concurrents » ou de « conflits de méthodes » (10) qui, si elles n'expriment pas une vérité, ont du moins le mérite de rendre compte des débats doctrinaux que soulèvent semblables réflexions.

9. — Il nous semble dès à présent nécessaire d'opérer une distinction à l'intérieur de ce prétendu domaine « extraconflictuel » — si l'on nous pardonne ce disgracieux néologisme — car il paraît

(5) *System des heutigen römischen Rechts*, 1849, t. VIII, trad. Guenoux, Paris, 1851, p. 34 et s.

(6) *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, Dijon, 1742, not. Ch. XXXIII.

(7) Cf. R. VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, Bruxelles, 1956, p. 34 et s. ; A. LAINÉ, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé » *Revue de Dr. Int. Pr. et droit pénal intern.*, 1905, p. 21 et s.

(8) Cette observation se place dans le cadre de la doctrine française traditionnelle. Elle perd une part considérable de sa valeur si l'on considère la recherche menée, par exemple, par la moderne doctrine américaine, qui tend à découvrir dans la loi qu'il s'agit d'appliquer le principe de solution du rattachement.

(9) Dans la mesure où l'on assigne comme but au règlement des conflits de lois la solution satisfaisante des rapports internationaux, non la délimitation de l'empire spatial des normes juridiques, au moins à titre principal.

(10) DERRUPPÉ, note à la *Revue*, 1968, p. 71.

renfermer deux catégories, proches et néanmoins distinctes, de normes. Ce sont, d'une part, les *lois de police* (11) que l'on pourrait définir comme des normes du droit interne assorties d'une impérative sphère d'application dans l'espace — en s'attachant à leur caractéristique apparente (12). Ce sont, d'autre part, les *règles de droit matériel* qui, à la différence des premières, « prévoient directement des réglementations matérielles eu égard au caractère international des relations qu'elles concernent » (13) (14).

La commune exception contenue dans ces deux sortes de règles semblerait à première vue devoir justifier qu'on ne les étudiat point séparément. Mais s'il est vrai que les problèmes soulevés par la constatation de la variété des méthodes ne sont guère différents dans l'un et l'autre cas, selon que l'on oppose aux règles de conflit lois de police ou règles de droit matériel, notre distinction nous apparaît justifiée par deux considérations.

La première est relative à la divergence d'inspiration des deux groupes de règles. Alors que les unes, procédant « d'un refus d'internationalisation des faits » qu'elles appréhendent (15), révèlent les excès d'un procédé de conflit de lois au regard d'un système juridique national qui, sous couleur de borner l'empire de sa loi, se montre plus soucieux d'en assurer la puissance, les autres sont, au contraire, imprégnées du désir de rendre aux relations internationales la réglementation spécifique qu'elles semblent par nature réclamer et, marquant leurs distances par rapport aux législations internes susceptibles de désignation par le procédé du conflit de lois, soulignent les insuffisances de ce dernier.

Cette divergence se prolonge, sinon au niveau des questions qui se posent strictement en même nombre, du moins à celui des réponses qui doivent leur être fournies.

La seconde considération a trait aux sources des différentes règles en cause. Si les lois de police ont, par définition, pour unique

(11) Cette terminologie est utilisée par préférence à celle de « lois d'application immédiate », étant à la fois plus classique et plus neutre. Elle connaît au reste un regain d'actualité. Sur les rapports entre les deux expressions, cf. *infra*, nos 35 et 43.

(12) On peut en donner pour exemple la limitation légale du taux de l'intérêt conventionnel par la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure, que les commentateurs rangent dans la catégorie des lois « dont la compétence internationale se détermine, non selon les rattachements proposés par la théorie des conflits de lois, mais d'après des critères propres à chacune de ces lois » : G. GAVALDA et J. STOUFFLET, *J.C.P.*, 1968.I.2171, n° 27.

(13) H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966, p. 538.

(14) L'exemple classique en est celui de la jurisprudence française validant les clauses-or dans les règlements internationaux. Cf. Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Revue*, 1950.609, note Batiffol. La jurisprudence a également admis, exemple aujourd'hui non moins classique, dans les relations du commerce international, l'autonomie de l'accord compromissaire et la capacité de l'Etat à compromettre. Voir *infra*, nos 127 et s.

(15) P. FRANCESCAKIS, *Le renvoi...*, p. 14.

source la législation interne, il n'en va pas de même des règles de droit matériel dont les sources peuvent être rangées en trois catégories.

La première source, interne, est essentiellement constituée par la jurisprudence nationale, à laquelle nous avons emprunté nos exemples (16), et qui a développé en certains domaines des règles libérales et favorables aux relations économiques internationales.

La seconde source, très importante, est celle que constituent les conventions internationales. Or, dans la mesure où ces conventions, posant des règles de droit matériel, sont des conventions d'unification du droit, elles soulèvent le problème des rapports entre règles de conflit et droit unifié dont le particularisme justifie à lui seul une étude distincte.

Enfin, les usages et règles du commerce international constituent la troisième source de règles de droit matériel. Mais, parce qu'ils évoquent le problème plus général de l'accueil réservé aux règles de conflit de lois par la société internationale, leur étude prendra place dans une seconde Partie (17).

10. — Nous opposerons donc en deux titres distincts les règles de conflit aux lois de police, d'abord, aux règles de droit matériel ensuite, en soulignant que le problème essentiel demeure fondamentalement le même, et concerne l'étendue du domaine que peut actuellement revendiquer la règle de conflit au sein d'un système de droit international privé : ce domaine est-il résiduel ? En d'autres termes, faut-il voir dans le droit des conflits un droit spécial dérogeant aux principes généraux (18) ? Faut-il plus simplement, comme semble le suggérer avec insistance M. Francescakis (19), considérer tout système de droit international privé comme un ensemble composite de divers procédés destinés, chacun en son domaine, à réglementer les faits de la vie internationale ?

(16) Voir *supra*, n° 9, note 14.

(17) Voir *infra*, nos 210 et s.

(18) Cette vue est celle de certains internationalistes italiens pour lesquels l'application par le juge de son propre droit substantiel paraît la règle ; dès lors, le droit des conflits, impliquant une compétence possible des lois étrangères, ressort comme un droit d'exception. Cf. P. FRANCESCAKIS, *Le renvoi...*, p. 49, note 1, citant Ago, et approuvant cette conception.

(19) Cf., outre *Le renvoi...* : son compte rendu de la 4^e éd. de H. BATIFFOL, « Traité » à la *Revue*, 1967.435 ; son compte rendu de l'ouvrage de Capotorti et autres : « La Giurisprudenza italiana di dir. intern. priv. e processuale » à la *Revue*, 1969.854 ; sa communication : *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?* du 19 janv. 1968 ; *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971.149 et s., et le compte rendu de cette communication par M. P. BELLET, *Revue*, 1969.201.

TITRE I

RÈGLES DE CONFLIT ET LOIS DE POLICE

11. — Poser le problème du rôle de la règle de conflit face à cet autre procédé que représenteraient les lois de police suppose qu'en soient au préalable définis les éléments. Aussi faudra-t-il, en premier lieu, chercher à déterminer le contenu de ce domaine « extra-conflictuel » que recouvre le vocable de « loi de police ». Il va de soi que celui-ci doit être suffisamment homogène pour que puisse s'opposer au procédé du conflit des lois une exception unitaire et cohérente, susceptible comme telle de systématisation, et non une infinie succession d'atteintes occasionnelles. Il s'agit donc de rechercher s'il existe, en quelque sorte, un commun dénominateur aux diverses règles élusives du conflit de lois.

De cette enquête surgira alors la principale question qui nous est donnée à résoudre : ces règles — dont on prétend qu'elles réalisent une exception — ne sont-elles pas en réalité des normes qui, pour être empreintes d'un particularisme certain, n'en seraient pas moins normes de conflit ? C'est le problème de savoir s'il existe une véritable divergence des méthodes, telle que celle-ci soit irréductible à celle-là et, dans l'affirmative, si cette constatation est dotée d'une portée réelle.

Après avoir tenté de caractériser les normes élusives du conflit de lois (Chap. I), nous vérifierons donc la réalité d'une opposition entre les deux méthodes (Chap. II).

CHAPITRE I

DÉTERMINATION DES NORMES ÉLUSIVES DES CONFLITS DE LOIS

12. — Si, à ce stade, nous usons de cette expression volontairement neutre, de préférence à celle de « loi de police », c'est que — comme nous le vérifierons — la notion de « lois de police et de sûreté » consacrée par l'article 3, *alinéa* 1, du Code civil a toujours paru insuffisante à la jurisprudence qui, sous le couvert de ce texte, a recherché dans d'autres directions des exceptions au jeu normal des règles de conflit. Et si, d'autre part, cette notion connaît actuellement quelque renouveau, ce n'est qu'au bénéfice d'une réflexion doctrinale qui a considérablement enrichi la pauvre portée du texte contenu au Code civil.

Dans l'abstrait, vouloir appliquer une norme juridique sans utiliser une règle de conflit revêt deux significations complémentaires — l'application nécessaire de la loi du for, l'inapplicabilité du droit étranger — qui se situent à l'opposé des conséquences déduites du recours à une règle de conflit de type classique, c'est-à-dire bilatérale (1).

Aussi a-t-on, dans une première époque, assisté en doctrine comme en jurisprudence à l'apparition de diverses théories ne consacrant que l'un ou l'autre des aspects d'une volonté d'élimination des conflits de lois qui formait leur trait commun. Leur réunion se justifie également par le fait que toutes ces théories ont fondé le rejet de la règle de conflit sur des critères tirés de la nature — territoriale, politique, d'ordre public... — des normes juridiques internes. Le rappel de leurs principales caractéristiques et conséquences nous permettra de synthétiser les critiques qui, à juste titre, leur ont été adressées (Sect. I).

(1) On a pu voir la consécration d'une telle formule dans l'article 3 du troisième avant-projet de réforme du Code civil, selon lequel : « Les lois de police et de sûreté s'appliquent à l'exclusion des lois étrangères. Sous cette réserve, l'application respective de la loi française et de la loi étrangère est régie par le Livre IV du présent Code ». *Clunet*, 1971.31, et le commentaire de M. J. FOYER, p. 35.

Mais, si l'on excepte quelques précurseurs, ce n'est que très récemment que le problème de l'élimination du procédé conflictuel pour l'application d'une certaine catégorie de normes juridiques a été repris dans son ensemble. Aussi se trouve-t-on, aujourd'hui, en présence de vastes constructions doctrinales dont le type même est la *théorie des règles d'application immédiate* à laquelle M. Francescakis a, en France en particulier, attaché son nom (2).

Leur caractère « global » n'est pas le seul trait opposant de telles constructions aux notions antérieurement dégagées en doctrine ou en jurisprudence — et, pour certaines d'entre elles, toujours en vigueur — : elles ne se fondent plus, en effet, sur la prétendue nature des normes juridiques, mais font au contraire appel, soit à la structure, soit au but, utilisé ou poursuivi par le législateur. Leur étude clôra ce chapitre (Section II).

SECTION I

L'APPEL A DIVERS CRITÈRES FONDÉS SUR LA NATURE DES NORMES JURIDIQUES

13. — Ces critères, selon que l'on consulte la jurisprudence ou les auteurs, apparaissent de types très divers et nous ne retiendrons que les principales des distinctions qu'ils ont entraînées. Nous regrouperons celles-ci selon leurs sources puisque, si certaines — telles les distinctions attachées au caractère territorial, impératif ou d'ordre public des lois — connaissent la consécration jurisprudentielle (§ 1^{er}), d'autres semblent être demeurées au stade théorique : c'est le cas de la thèse qui se fonde sur la nature politique des lois (§ 2).

§ 1. — Les distinctions jurisprudentielles

14. — L'application de la loi interne française paraît, dans certaines hypothèses, présenter un caractère de nécessité tel que la

(2) Cf. notamment : « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Revue*, 1966.1. Une semblable doctrine s'est manifestée activement en Italie : DE NOVA, « I conflitti di leggi e le norme con appositiva delimitazione della sfera d'efficacia », *Diritto intern.*, 1959.15, traduit dans les *Mélanges Maury*, t. I, p. 377 sous le titre *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application...* et en Belgique ; F. RIGAUX *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968, n° 84 ; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 629.

jurisprudence se voit tenue d'écarter tout recours au procédé du conflit de lois. Elle vise assez généralement, pour justifier la compétence exceptionnelle de la *lex fori*, l'article 3, alinéa 1, du Code civil relatif aux « lois de police et sûreté ». Mais les tribunaux donnent le sentiment que cette référence, lorsqu'ils la reproduisent, ne suffit pas (3).

Ressentant le besoin d'appuyer sur de plus amples considérations la solution, exceptionnelle, qu'ils estiment justifiée, les tribunaux, en effet, font appel tantôt au caractère « territorial », tantôt à la nature « d'ordre public » de la loi française. Telles sont les deux formules qui, plus que toute autre, se dégagent d'un examen des décisions. Souvent employées indifféremment, voire de façon cumulative (4), la seconde présente cependant, vis-à-vis de la première, un caractère plus novateur.

Ces notions remplissent, pour la jurisprudence, le rôle de véritables critères permettant de reconnaître, pour les distinguer, les cas où la loi française s'applique hors de toute désignation par le moyen d'une règle de conflit, et les cas où, cette compétence ne s'imposant pas, le procédé conflictuel reprend son empire. Nous les envisagerons, pour plus de commodité, séparément.

A. — CARACTÈRE TERRITORIAL DE LA LOI.

15. — « Une loi est territoriale au point de vue international toutes les fois où un souverain possède à l'application générale de la loi sur son territoire un intérêt prépondérant... » ; telle est une des définitions, nombreuses, celle-ci fournie par Pillet, de la loi territoriale (5).

La notion de territorialité est aussi ancienne que l'histoire du droit international privé. Les siècles l'ont chargée de sens fort différents, selon le rôle que l'on prétendait lui faire jouer. Elle a, surtout, fondé des systèmes tel celui de d'Argentré, et connu un renouveau au début de ce siècle (6). Notre propos n'est point d'en

(3) ... et la Cour de cassation, en visant les « règles françaises de rattachement » a donné elle-même l'exemple que l'on peut se passer de toute référence, en droit international, aux textes de loi : Cass. civ., 8 juill. 1969, *Weyrich-Laroque*, D., 1970.1, note P. Malaurie.

(4) Ainsi, l'arrêt rendu par la Cour de cassation (Cass. civ., 12 févr. 1957, D., 1959.47, note P. Malaurie) énonce que « une telle réglementation [la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles] touche, au premier chef, à « l'ordre public, et doit, en conséquence, demeurer résolue suivant les dispositions « du droit français, loi territoriale ».

(5) *Traité pratique de droit international privé*, t. I, 1923, p. 114, n° 37.

(6) Il y eut, au début de ce siècle, de nombreux débats : Voir AUBRY, « De la notion de territorialité en droit international privé », *Clunet*, 1900.689 ; 1901, 253 ; 1902, 209. Mais il faut surtout noter l'importante tentative de Louis-Lucas, « L'impérieuse territorialité du droit », *Revue*, 1953.633, qui a écrit : « La territorialité du droit est répudiée en tant que doctrine, mais les faits lui assurent

retracer ici l'évolution, mais de montrer en quel sens la jurisprudence l'a recueillie et utilisée.

16. — La territorialité a été élevée au rang d'un dogme considéré comme infaillible quant aux lois « de droit public ». Mais elle a été, en dehors de cet étroit domaine, étendue aux lois dont il apparaissait qu'elles s'appliquaient, sur le territoire du for, à l'exclusion de toute autre. Dans cette mesure, cette distinction semble préférable, parce que plus compréhensive, à celle qui fait état de la nature, publique ou privée, de la règle de fond, et parvient à le dépasser (7).

a) La territorialité est présentée comme une notion antinomique de celle des conflits de lois. Selon l'expression vigoureuse de M. Zxweigert, « Il y a entre le conflit de lois et la territorialité le même rapport qu'entre l'eau et le feu : ou bien l'eau de la territorialité éteint le feu des considérations inspirées du conflit de lois, ou bien le feu de ces dernières fait évaporer le principe de la territorialité » (8).

La raison en serait qu'on ne conçoit pas l'application d'une loi dite « territoriale » hors du territoire pour lequel elle a été faite ; le principe est : une loi, un territoire, un juge. Reprenant de Pillet cet exemple simple, les lois de procédure seraient des lois territoriales en ce sens : elles écartent toute nécessité d'un choix de la loi.

b) Les très nombreuses et diverses références jurisprudentielles (9) au caractère territorial de la loi appellent deux observations.

On ressent, en premier lieu, l'impression que le concept demeure assez imprécis, mais présente la qualité de ce défaut en fournissant un argument commode autant que péremptoire. Très caractéristique, à cet égard, est l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1953 (10) décidant que les dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948, spécialement ses articles 1^{er} et 60, « *vu le principe de la territorialité des lois*, ne peuvent s'imposer à un propriétaire d'immeuble sis sur le territoire métropolitain pour un échange de locaux sis l'un en France métropolitaine et l'autre en dehors de ce territoire... (en Algérie) ».

Il va de soi, bien que le commentaire autorisé ne le relève pas, que la référence au « principe de la territorialité des lois » excède par ses termes, sinon la pensée de la Chambre sociale de la Cour de

une singulière revanche en faisant d'elle mieux qu'une vérité de principe : une vivante réalité ».

La tentative est reprise par NIBOYET, « L'universalisme des règles de solution des conflits est-il réalisable sur la base de la territorialité » ? *Revue*, 1950.509.

(7) Sur cette distinction, et sa critique, voir *infra*, n^{os} 101 et s.

(8) *Revue*, 1965, p. 653.

(9) Voir, à titre d'exemples, Bordeaux, 6 juill. 1909 et 30 mai 1910, *Revue*, 1910.886 ; Cass. civ., 7 mai 1928, *Clunet*, 1929.431 (protection et tutelle des mineurs) ; Cass. civ., 12 févr. 1957, D., 1959.47, note Malaurie (loi sur les funérailles) ; Rouen, 9 mai 1967, *Clunet*, 1967.899, note Dayant (responsabilité civile)...

(10) Cass. soc., 16 janv. 1953, *Sabatier c. Salort et Dubois*, *Revue*, 1953.581, note H. Batiffol.

cassation, du moins la réalité observable. A supposer que l'on fasse à cette notion un accueil favorable, il est bien certain que toutes les lois — ainsi, envisagé *in globo*, le statut personnel — ne sont pas territoriales.

17. — A quel élément le juge va-t-il s'attacher pour déterminer si une loi est, ou non, territoriale ? Cet élément est en réalité le sentiment qu'a le juge du caractère particulièrement impératif et important de l'ordre du législateur, nécessitant ou paraissant nécessiter son application sans partage dans les limites géographiques du territoire. La méthode apparaît seule susceptible de réaliser le but du législateur. Ainsi, les tribunaux, bien près de consacrer la doctrine de Pillet, se révèlent essentiellement sensibles au but social de la loi, celui-ci aboutissant à déterminer, non seulement le domaine couvert par cette loi, mais aussi le degré d'intolérance vis-à-vis du droit étranger qu'elle recèle.

Dans l'arrêt *Elisabeth Boll*, la Cour internationale de Justice (11) relève, à propos des lois sur la protection de l'enfance et de la jeunesse, que « la *prétention* de chacune de ces lois est de s'appliquer dans le pays où elle a été édictée : une telle loi n'a pas et ... ne peut pas avoir d'*aspiration extraterritoriale*, ce serait dépasser son *but social* ainsi que les moyens dont elle dispose ».

Semblable jugement pourrait être simplement relié au fait qu'en l'espèce la Cour envisage ces lois comme faisant désormais partie du droit public — d'où la référence à la doctrine bien connue selon laquelle les lois de droit public sont territoriales (12). L'apport de la décision est cependant plus riche, et nous semble devoir expliciter le comportement de nos propres tribunaux, car elle met en relief l'importance du rôle social qu'entend assumer la loi dans l'admission du caractère territorial de cette dernière : la loi est d'application territoriale parce que, si elle ne l'était pas, son but serait mis en échec. Les considérations finales de l'arrêt *Boll*, consacrées entièrement à cette démonstration, sont, à cet égard, significatives.

18. — La notion de loi territoriale envisagée comme type de loi exclusive du procédé des conflits de lois nous paraît cependant devoir être rejetée, pour trois sortes de raisons que nous exposerons dans un ordre croissant de gravité.

a) La première critique se présentant à l'esprit, parce qu'elle est, peut-on dire, classique, est qu'un critère tiré de la territorialité est un mauvais critère : l'histoire et les doctrines l'ont chargée de

(11) Arrêt du 28 nov. 1958, *Revue*, 1958.713. — Cf. G. DROZ, « Une Convention de La Haye de droit international privé devant la C.I.J. », *Revue*, 1958.626 ; P. FRANCESCAKIS et H. BATIFFOL, « L'arrêt *Boll* de la C.I.J. et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Revue*, 1959.259 ; M. SIMON-DEPITRE, « La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt *Boll* de la C.I.J. », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1963.109.

(12) En ce sens : P. FRANCESCAKIS et H. BATIFFOL, préc., *Revue*, 1959, p. 272.

significations multiples et, corrélativement à cet enrichissement, appauvrie en la vidant de sa substance. Chacun possédant, en matière de territorialité, sa propre vérité, il semble dès lors difficile de fonder une distinction générale sur cette base fragile.

b) Notre seconde remarque tend à relever l'insuffisance de la notion de territorialité. Si celle-ci est révélatrice d'un état d'esprit, d'une volonté d'appliquer la loi locale, elle s'avère incapable d'assurer à elle seule l'application effective de cette dernière : nécessité sera de recourir à un autre critère pour déterminer si cette loi dont le domaine coïncide avec les limites du territoire, concerne les faits, les actes, les personnes ou les choses — et dans quelles circonstances —, accomplis ou se trouvant à l'intérieur des frontières.

Bien plus, comme on l'a judicieusement relevé (13), la territorialité, particulièrement quand elle vise les individus vivant sur le territoire, connaît des degrés. Elle est, ainsi, absolue, ou « pure », lorsqu'il s'agit des lois pénales ou du Code de la route, parce qu'elle concerne tous les individus se trouvant sur le territoire, pour la seule considération de leur présence physique sur le sol. Elle connaît un degré moindre lorsque — en matière fiscale par exemple — elle exige, par la condition de résidence, elle-même susceptible de degrés, une certaine intégration de l'individu à la société nationale (14).

c) Enfin, on attache à la territorialité des conséquences excessives. Conséquence positive tout d'abord, la loi territoriale doit s'appliquer sur le territoire. Nous ne réfutons pas cette affirmation, si le litige entre bien dans la sphère d'application de la loi. Mais les conséquences négatives, selon lesquelles la loi territoriale ne connaîtrait pas d'application hors du territoire pour lequel elle a été promulguée, et la négation corrélatrice du conflit de lois, nous paraissent contestables (15).

A la « territorialité matérielle » d'une loi, on a opposé son « extra-territorialité procédurale » (16), opposition soulignant la possibilité d'une application par le juge étranger, de la loi réputée territoriale. La jurisprudence en fournit de nombreux exemples, ainsi en matière

(13) Cf. J. FOYER, note à la *Revue*, 1968.446.

(14) Le problème est, ainsi, posé pour les mesures d'assistance éducative des art. 375 et s. *C. civ.*, de savoir si elles s'appliquent aux étrangers résidant sur le territoire ou même à ceux qui y sont de passage.

Voir à cet égard, et dans la même affaire, *Bélaïd*, la différence entre la formule de Paris, 20 févr. 1964 (*J.C.P.*, 1964.II.13848), visant « les étrangers résidant « en France » et, sur pourvoi, celle de Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1965 (*J.C.P.*, 1965.IV.114), visant, elle, « les mineurs qui se trouvent sur le territoire français ».

(15) Cf. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris, Dalloz, 1973 n° 268 : « Une loi territoriale n'est pas une loi qui ne peut pas être appliquée par un juge étranger, mais une loi qui s'applique à tous les faits qui se déroulent totalement ou même partiellement sur le territoire ».

(16) K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1958, p. 72.

contractuelle, la règle de conflit désignant le système applicable au contrat, système susceptible de comporter des « lois territoriales » (17)

La territorialité est-elle donc, pour la jurisprudence, un « faux prétexte » ? Nous le pensons, et partageons l'idée, parfois exprimée, qu'il s'agit là d'une manifestation occulte de l'ordre public. Aussi préférons-nous, à tout prendre, cette formule, aujourd'hui plus volontiers employée dans les décisions, des « lois d'ordre public ». Car si cette seconde notion n'est pas elle-même à l'abri de tout reproche, elle a du moins le mérite de révéler les buts poursuivis par le juge engagé dans une véritable politique de défense de ses propres lois.

B. — CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DE LA LOI.

19. Avec certaines variantes dans l'expression, la jurisprudence des cours et des tribunaux tend à imposer, sans aucun jeu préalable de la règle de conflit, la compétence de loi du for, soit « pour des raisons d'ordre public », soit en lui reconnaissant le « caractère de loi d'ordre public ».

20. — a) L'admission, par les tribunaux, de lois d'ordre public s'opère par préférence, semble-t-il, dans ce qui pourrait être considéré comme relevant traditionnellement du domaine du statut personnel. Il a été ainsi jugé que « les dispositions légales qui sanctionnent [le devoir d'obéissance de la femme à son mari] revêtent le caractère de mesures d'ordre public et obligent toutes les femmes qui résident en France... » (18), que « les dispositions de la loi française, notamment les *articles* 375 et suivants du Code civil, sont applicables en l'absence ou malgré les dispositions de la loi nationale, pour une raison d'ordre public français... » (19), que « la prohibition formulée par l'*article* 355 du Code civil des reconnaissances adultérines ou incestueuses... intéresse au premier chef l'ordre public ; il s'ensuit qu'un étranger, fût-il même autorisé par sa loi nationale, ne saurait souscrire valablement en France une telle reconnaissance » (20), ou encore que « la loi française du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle est une loi de protection de l'enfance et assure la défense sociale... son caractère d'ordre public est incontestable » (21).

Aussi est-ce bien un principe général que prétend dégager la

(17) Cf. A. TOUBIANA, *préc.*, n° 266.

(18) Trib. civ. Seine, 8 avr. 1930, *Morris c. Dufrenne et Varna*, *Revue*, 1930.461, concl. Brachet.

(19) Paris, 20 févr. 1964, *Belaïd*, *J.C.P.*, 1964.II.13848, note anonyme.

(20) Trib. gr. inst. Seine, 27 juin 1966, *Trin Quang Vinh*, *Clunet*, 1967.619, note P. Malaurie.

(21) Paris, 28 avr. 1967, *veuve Rodriguez*, *Revue*, 1968.446, note J. Foyer ; *Clunet*, 1968.98, obs. P. Kahn.

Cour de Paris lorsqu'elle affirme, à propos de la capacité d'un jeune étranger de souscrire en France un engagement militaire que « si, en principe, l'état des étrangers reste régi en France par leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient cependant faire échec aux *lois françaises d'ordre public qui s'imposent aux étrangers* » (22).

Si le statut personnel offre à de telles formules un terrain d'élection, celles-ci se retrouvent cependant en d'autres domaines, ainsi en matière de responsabilité délictuelle (23), d'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur (24), de bail à loyer (25) ou de réparation des accidents du travail (26).

21. — b) Ce procédé consistant à faire appel, dans une acception différente de celle ordinairement reçue, à la notion d'ordre public, marque, ainsi que nous l'avons déjà suggéré, un progrès (27) par rapport à la formule de la territorialité : alors que l'affirmation selon laquelle une loi est « territoriale » ne permet l'application de cette loi que s'il existe un rattachement sérieux du litige au territoire, la notion de lois « d'ordre public » permet beaucoup plus. En effet, « si la disposition française est appliquée au nom de l'ordre public, aucun rattachement n'est nécessaire, sauf évidemment le rattachement au droit international privé du for » (28) (29). Aucun rattachement ne déterminant l'application de la loi d'ordre public, il reste que celle-ci procède d'un jugement de valeur de la part du juge qui,

(22) Paris, 16 févr. 1966, *Consorts Möller c. ministre des Armées*. — En l'occurrence, « tel est le cas des lois concourant à l'organisation de la défense du pays, y compris de leurs dispositions relatives à la capacité des mineurs à s'engager dans l'armée », d'où le rejet de la loi allemande, loi personnelle du mineur en cause.

La solution a été fortement critiquée par MM. P. LAGARDE (*Revue*, 1966.453) et B. GOLDMAN dans sa note sous Trib. civ. Seine, 28 mai 1964 (*Clunet*, 1965.399). Elle n'a été ni infirmée, ni confirmée par la Cour de cassation, pour la raison que le problème ne lui a pas été soumis, le pourvoi soulevant la seule question du texte de droit français applicable. La Cour de cassation confirme cependant, implicitement, la solution en maintenant au fond la décision : Cass., 2 déc. 1968, *Revue*, 1969.281, note P. L.

(23) Paris, 2 oct. 1963, *Kieger c. Amigues*, *Revue*, 1964.332, note P. Lagarde ; *Clunet*, 1964.103, obs. B. Goldman, — arrêt très contestable et, du reste, cassé par Cass. civ., 1^{re}, 30 mai 1967, *Clunet*, 1967.622, note B. G. ; *Revue*, 1967.728, note P. Bourel ; D., 1967.628, note P. Malaurie.

(24) Paris, 16 mars 1960, *Revue*, 1961.347, note Deprez.

(25) Paris, 10 juin 1967, *Clunet*, 1968.100, obs. R. Dayant.

(26) Cass. soc., 9 déc. 1954, *Revue*, 1956.462.

(27) Dans un sens neutre et non laudatif.

(28) P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 103, qui montre, dans les pages suivantes, que la doctrine allemande — et c'est vrai également du droit suisse — exige un tel lien entre litige et territoire comme condition d'intervention de l'ordre public du for.

Cf., pour le droit suisse, P. A. LALIVE, *Clunet*, 1966, p. 157.

(29) Ce qui est vrai, ici, de l'exception d'ordre public international l'est également de l'ordre public entendu au sens interne, comme soutien des lois d'ordre public. Sur les rapports entre les deux notions, cf. *infra*, n° 25.

cette fois encore, portera sur le but social de la loi du for. Dans ce sens, il est fréquent que les décisions de jurisprudence développent leur argument par des considérations tirées de la nécessaire satisfaction du but poursuivi par le législateur, et qu'une application sans condition de la loi du for paraît seule capable de réaliser (30).

Nous retrouvons donc ici encore l'empreinte de Pillet (31) qui a marqué tant d'esprits et imposé l'idée — que l'on retrouve aussi bien dans la jurisprudence française et celle de la Cour internationale de Justice que dans la théorie des règles d'application immédiate (32) — que toutes les lois n'ont pas, sur le plan social, la même importance, le même degré d'intransigeance.

22. — c) Cette formule jurisprudentielle, qualifiée par certains de « malheureuse », est généralement critiquée en doctrine et ne nous paraît pas, quant à nous, devoir, plus que la précédente, servir à la détermination des normes équivoques des conflits de lois.

Mlle A. Toubiana (33) relève, à l'encontre de la notion de loi d'ordre public et de son utilisation par la jurisprudence, trois chefs de critique que nous résumerons ainsi : cette notion et son emploi sont sources de confusion ; ils sont abusifs ; la jurisprudence tend ainsi à faire de l'ordre public une circonstance de rattachement.

Sur le premier point, il est certain que la formule « loi d'ordre public » n'est pas claire. Les termes prêtent d'eux-mêmes à confusion avec la notion d'ordre public international, exception au jeu normal des conflits de lois. Non contente de cela, la jurisprudence use de cette expression comme d'un qualificatif dont elle revêt les « lois de police et de sûreté » de l'article 3, alinéa 1, du Code civil, notion qu'elle contribue ainsi à obscurcir et à laquelle elle a certainement fait perdre sens et vigueur.

Voici pour exemple — un exemple d'ailleurs fort connu — cet arrêt de la Cour de Paris, selon lequel « les lois sur la responsabilité délictuelle sont des *lois de police*, aux termes de l'article 3, alinéa 1, du Code civil, et relèvent ainsi de l'ordre public international français ; que c'est donc à bon droit que les premiers juges ont estimé que la loi étrangère ne pouvait se substituer (!) à l'application des principes fondamentaux du droit français... » (34).

(30) Les décisions citées *supra*, n° 20 sont caractéristiques.

(31) « La qualité de loi d'ordre public se mesure au but social des lois », *Traité pratique de droit international privé*, t. I, 1923, p. 115, n° 37.

(32) Voir *infra*, n°s 35 et s.

(33) Préc., n°s 342 et s.

(34) Paris, 2 oct. 1963, *Kieger c. Amigues*, préc. M. LAGARDE (*Revue*, 1954. 332) relève vigoureusement la confusion établie entre l'application normale (comme loi de police) et l'application exceptionnelle (jeu de l'ordre public) de la loi française, et le caractère surprenant de l'affirmation finale, qui fait apparaître la règle de conflit comme un élément perturbateur de l'ordre normal des choses. Sur pourvoi, la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 1967) a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, considérant qu'il n'y avait pas, en l'espèce, contrariété à l'ordre public international français. Remplaçant ainsi la question

En second lieu, et cette remarque est plutôt d'ordre quantitatif, la jurisprudence abuse de cette notion. Il n'est pas besoin d'insister sur cet aspect de la question, le nombre et le caractère récent des décisions qui l'emploient attestant cette affirmation. On doit certainement déplorer que la jurisprudence fasse ainsi un usage excessif d'un procédé propre à faire paraître « exceptionnelle » la compétence de la loi interne française (35). Cette volonté plus ou moins délibérée de donner à la loi du for une prépondérance certaine fait état d'une regrettable régression, dans l'ordre international, d'abord, d'un point de vue scientifique, ensuite.

Enfin, et c'est à nos yeux le point essentiel, la jurisprudence semble faire de l'ordre public une « circonstance de rattachement », à l'encontre de la théorie classique qui assigne à l'ordre public un rôle d'exception à la loi normalement applicable, en fait un élément perturbateur, et non destructeur, du jeu des conflits de lois. Cette critique mérite de plus amples développements que les deux précédentes.

23. — *L'ordre public peut-il être une circonstance de rattachement ?*

— La question a été posée à la Cour de cassation par un pourvoi reprochant à la Cour d'appel d'avoir, pour annuler comme contraire à l'ordre public français une reconnaissance d'enfant adultérin effectuée en territoire français, omis de déterminer la loi applicable à la reconnaissance et « ... ainsi considéré l'ordre public comme une circonstance de rattachement à la loi française, et non comme une exception opposée à la loi normalement compétente... ».

La Cour de cassation (36) a rejeté le pourvoi et laissé sans réponse la question, estimant qu'en vertu de l'article 335 du Code civil, la reconnaissance d'enfant adultérin souscrite en France est nulle, d'une nullité d'ordre public, indépendamment de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance et de l'enfant.

Bien qu'en l'espèce la solution de fond — la nullité — ne fût guère douteuse en l'état des textes alors en vigueur, et qu'il s'agît plutôt d'un débat de principe (37), l'arrêt est décevant, mais non

dans ses cadres classiques, elle a semblé, du moins implicitement, condamner la confusion commise par la Cour d'appel. Voir, en ce sens, la note de M. GOLDMAN au *Clunet*, 1967.622.

(35) « *Exceptionnelle* », parce que cette compétence est affirmée à partir de la nature particulière de la loi, non de l'analyse du rapport juridique. Il n'y a donc pas de rapport, logiquement, avec la compétence parfois exprimée comme exceptionnelle de la loi du for, due à l'intervention de l'exception d'ordre public international. Mais il peut y avoir une certaine ambiguïté dans les relations entre les deux notions, que la jurisprudence n'est pas sans mettre à profit, en l'entretenant.

(36) Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1966, *Demoiselle Domino c. veuve Ginesty*, *Clunet*, 1967.614, note P. Malaurie; *Gaz. Pal.*, 1966.2.256, note anonyme; *Revue*, 1968.64, note Derruppé.

(37) En ce sens, voir la note anonyme à la *Gaz. Pal.* de 1966, et la note de M. Derruppé à la *Revue*, 1968.

moins caractéristique de cette « économie de moyens » que semble réaliser la jurisprudence (38). Bien qu'on ait tenté de le concilier avec les méthodes classiques (39), cet arrêt nous paraît au contraire, et la jurisprudence avec lui, renouer avec une tradition antérieure.

24. — Selon cette tradition, inspirée de Mancini et, plus largement, des personnalistes, « l'ordre public international apparaît moins comme écartant la loi normalement compétente que comme inspirant une série de règles de conflit donnant compétence territoriale aux lois qu'elles concernent » (40). Les travaux de Weiss et de Pillet l'ont développée. Plus récentes, les constructions de Valéry et de M. Louis-Lucas méritent d'être brièvement rappelées.

Valéry (41) distinguait quatre espèces d'ordres publics, parmi lesquelles, surtout, « l'ordre public territorial » qui, ayant pour but d'assurer le maintien de l'organisation sociale, devait être respecté de tous, même des étrangers, à l'intérieur des frontières.

M. Louis-Lucas posait en règle qu'il « convient en droit international comme en droit interne, de distinguer entre les lois qui sont d'ordre public et celles qui ne sont pas d'ordre public, en entendant simplement opposer par là les lois qui ne peuvent pas être écartées de celles qui, au contraire, peuvent l'être » (42). De cet ordre public, il faisait une classification tripartite, « image des trois aspects que peut prendre la nécessité sociale » : ordre public général, ordre public spécial aux étrangers et ordre public spécial aux nationaux. Lorsque la loi est d'ordre public général, « l'Etat qui l'a posée est conduit à l'imposer à tous, aux étrangers comme aux nationaux... » (43).

Cette doctrine a connu un certain succès en Italie où, de nos jours encore, un courant minoritaire et néanmoins important « considère l'ordre public international comme facteur d'intangibilité de certaines règles du droit national auxquelles ne peuvent en aucun cas déroger les règles étrangères (44) applicables en vertu du droit international privé » (45).

(38) Voir la note de M. Malaurie au *Clunet* de 1967.

(39) Tentative de M. DERRUPPÉ, *Revue*, 1968.64.

(40) J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public et la fraude à la loi*. — *Cuadernos de la Catedra del « Dr James Brown Scott »*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 26.

(41) *Manuel de droit international privé*, 1914, p. 576 et s.

(42) LOUIS-LUCAS, « Remarques sur l'ordre public », *Revue*, 1933.393, not. p. 399.

(43) LOUIS-LUCAS, *id.*, p. 415.

(44) Rappr. de la formulation de l'arrêt rendu par la Cour de Paris, 2 oct. 1963, *Kieger* (voir *supra*, n° 22). On trouve la même idée, curieuse, que l'application de la loi étrangère, « dérogeant » à celle de la loi interne, est un mal en soi qu'il n'est pas toujours nécessaire de tolérer.

(45) E. VITTA, « L'ordre public en matière de divorce et de nullité de mariage dans la jurisprudence italienne », *Revue*, 1965.267.

25. — En France, cependant, Martin a fait de cette théorie une critique décisive et, surtout, a ouvert la voie aux travaux de MM. Maury (46) et P. Lagarde (47) qui ont élaboré ce que, à présent, l'on nomme la « théorie classique » de l'ordre public. Classique, cette doctrine l'est au sens étymologique du terme, de ce qui fait autorité à une époque donnée (48). Elle inspire les critiques adressées à la jurisprudence par MM. Goldman, Malaurie, Derruppé..., car elle a eu le mérite d'insérer « l'ordre public dans le souci de coordination des systèmes juridiques qui constitue la raison d'être du droit international privé... », de le faire fonctionner « comme moyen de coordination au niveau des solutions matérielles de la loi ». Au contraire, la solution de la jurisprudence est délestée de tout souci d'harmonisation : « loin d'assurer une coordination des systèmes juridiques, elle exprime brutalement les limites de cette coordination en faisant obstacle au mécanisme coordinateur du droit des conflits » (49).

L'opposition des deux thèses se résumerait en ceci que, dans son rôle « classique » ou négatif, l'ordre public apparaît comme une *cause d'éviction de la loi* étrangère normalement compétente, dans la mesure où celle-ci porte atteinte aux fondements de notre civilisation ou bien à la poursuite de notre politique législative (50); alors que l'ordre public entendu dans un sens positif, non plus d'exception, mais de principe, se révèle comme une *cause d'éviction de la règle de conflit* elle-même.

Cette seconde formule jurisprudentielle nous paraît donc également contestable, en raison surtout de sa terminologie et des confusions qu'elle suscite. D'inspiration assez différente, mais pouvant s'en rapprocher par les résultats auxquels elle aboutit, la notion de « lois politiques » n'a pas connu, de loin, la même consécration en jurisprudence. Théorie relativement ancienne, ayant fait peu d'adeptes, elle mérite cependant d'être examinée, à la suite des précédentes distinctions, essentiellement pour la raison qu'elle semble connaître une nouvelle actualité et devoir, au moins de façon très voilée, inspirer certaines solutions.

(46) *Cours de l'Université de Valladolid*, 1952, préc.

(47) *Recherches sur l'ordre public...*, préc.

(48) ... ou, au sens du Littré, de ce qui est à l'usage des classes.

(49) DERRUPPÉ, *Revue*, 1968.64. Ce même jugement a été formulé par M. Franciscakis, à l'occasion de l'arrêt *Beniamino* de la Cour de révision judiciaire de Monaco (6 mai 1965, *Revue*, 1965.708) : « C'est la négation même de ce que M. Batiffol appelle... la coordination des systèmes juridiques, c'est même le refus en l'espèce de tout contact entre systèmes ».

(50) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., 1970, t. I, p. 424 et s., n^{os} 358 et s.

§ 2. — La notion de « lois politiques »

26. — Cette doctrine semble avoir sinon trouvé sa source, du moins pris forme sous la plume d'Arminjon, en France, dans la période entre les deux guerres. Si elle a été fort décriée, on ne peut dire qu'elle soit tombée en désuétude, car elle manifeste des résurgences.

27. — 1° La notion de loi politique est conçue par Arminjon (51) comme « une loi qui fait exception aux principes et aux règles du droit dans l'intérêt d'un Etat, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées ».

L'exception aux principes qu'elle réalise, toujours selon Arminjon, se traduit en droit international privé par le fait qu'il « ne peut se produire à [son] égard de conflit de lois. Là où elle est en vigueur, elle s'applique en principe à toutes les personnes, à tous les actes, à tous les rapports de droit qu'elle vise ; inversement, elle ne saurait être invoquée ailleurs... » (52).

Cette manifestation de la territorialité, sous son double aspect, positif et négatif à la fois, découle de la propriété que possèdent ces lois de ne conférer de droits qu'entre les frontières où elles s'imposent à tous, étrangers et nationaux (53).

28. — Après avoir dégagé les traits essentiels de la notion, Arminjon emprunte des exemples à la jurisprudence, tant française qu'étrangère, qui, selon lui, aurait consacré sa théorie.

Ces exemples sont, à la vérité, de nature composite. Certaines décisions concernent, tout d'abord, des actes étrangers revêtant une nature politique au sens propre du terme, analogue à ce que l'on nomme, dans la jurisprudence administrative, les « actes de gouvernement ». Il en est ainsi des mesures allemandes de confiscation visant, pour raisons politiques, les biens du Duc de Brunswick (54) ou, encore, de l'Ukase du Tsar interdisant, pour de semblables motifs, le Comte Potoki (55). En faisant état de pareilles décisions, Arminjon évoque une notion particulièrement étroite, et, somme toute, relativement contrôlable, des lois politiques.

Mais sa conception dépasse ce point de vue, et perd toute consistance, lorsque l'auteur s'attache plus particulièrement à l'attitude des tribunaux étrangers vis-à-vis de la loi française de 1901 sur les

(51) « Les lois politiques et le droit international privé », *Revue*, 1930.385.

(52) Sauf qu'elle produit l'effet d'une situation de fait dont on peut tenir compte à l'étranger : réserve admise par Arminjon, *préc.*, p. 389.

(53) Comp. la formule à celle de Pillet, déniait également tout effet territorial aux lois politiques : S., 1908.4.12.

(54) Paris, 16 janv. 1836, S., 1836.2.70.

(55) Trib. civ. Seine, 7 mai 1876, *Clunet*, 1876.20.

associations. Diverses jurisprudences étrangères, hollandaise notamment, ont reconnu à cette loi, dans son application à la dissolution des congrégations religieuses, le caractère de loi de police (56). Arminjon, frappé par cet exemple — plus précisément par « l'affaire des Chartreux » — qui lui inspire sa chronique, y voit une manifestation de la notion de loi politique. Celle-ci prend dès lors les vagues contours que sait imprimer l'intérêt de l'Etat, voire celui « d'un parti » ou « d'une classe », lorsqu'on le charge d'une certaine dose d'agressivité contre d'éventuels ennemis.

29. — Outre que les effets découlant de la nature « politique » de la loi ont été sévèrement contestés, la conception d'Arminjon « s'est heurtée à la difficulté de démontrer l'existence d'une telle catégorie distincte de lois dites « politiques », étant donné que toute loi est plus ou moins une loi « politique » et [que] la différence dans ce domaine entre une loi et une autre n'est pas de nature mais de degré » (57). Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas, de façon générale, fait sienne cette classification condamnée, par ailleurs, par l'Institut de Droit international en 1954 (58).

La tentative a cependant été poursuivie, sans plus grand succès, par Mestre (59) et le suédois T. Gihl (60). Ce dernier, n'apportant à la doctrine qu'il épouse aucun progrès décisif sur le plan d'un critère des « lois politiques », s'attache essentiellement à différencier les résultats auxquels cette notion conduit de ceux obtenus par l'exception d'ordre public, répondant ainsi à la critique selon laquelle l'ordre public permet de résister à l'application de certaines lois étrangères, sans qu'il soit besoin de faire de celles-ci des catégories particulières (61).

30. — 2^o Malgré l'échec de ces tentatives de systématisation, et la « désaffection croissante » qui, sur le plan international, s'est attachée à de telles analyses (62), la notion a connu un certain regain en doctrine, et même en jurisprudence, particulièrement en deux domaines : celui des lois monétaires, d'une part ; celui des lois de nationalisation, d'autre part.

31. — *a)* Sur le premier point, la doctrine allemande a animé une notion voisine de celle de loi politique. M. Zweigert (63), ainsi,

(56) Cf. ARMINJON, préc., *Revue*, 1930, p. 393.

(57) A. S. EL-KOCHERI, « Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental », *Revue*, 1967, p. 255.

(58) Session d'Aix-en-Provence, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954.II, p. 228.

(59) « La notion de lois politiques », *Gaz. Pal.*, 1938.1, Doctr. 4.

(60) « Lois politiques et droit international privé », *Recueil*, n^o 83, 1953.II, p. 163.

(61) Voir, pour la critique de T. GIHL, l'ouvrage préc. de A. Toubiana, n^{os} 301 et s.

(62) Cf. P. A. LALIVE, *Clunet*, 1966, p. 159.

(63) « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965, not. p. 651 et s.

approuve l'arrêt de la Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne qui estime, à propos des effets de la législation de change de la zone soviétique, que « la situation juridique doit... être appréciée différemment si une restriction de droit public du pouvoir de disposer sert non pas à harmoniser des intérêts de droit privé dignes de protection, mais à réaliser les objectifs économiques ou politiques de l'Etat ayant édicté les restrictions en question » (64) et, qu'en l'espèce, ces conditions étant réalisées, il n'y a pas lieu de tenir compte des lois monétaires de la République démocratique allemande.

Cette opinion est à rapprocher de celle de l'arrêt de la Cour suprême de Suède, du 21 mars 1961 qui, confirmant la décision de la Cour d'appel de Svéa du 10 juin 1960, pose en principe que les tribunaux n'ont aucune compétence pour faire valoir les intérêts publics d'Etats étrangers (65).

Pour M. Zweigert, la solution réside, non pas dans le principe de territorialité, dont il critique le rappel par la Cour fédérale allemande, mais dans un jugement de valeur : parmi les « différentes lois d'intervention en matière de droit économique ou social », il en existe qui sont largement répandues et approuvées, règles « *sympathiques* », et d'autres qui « selon l'échelle de valeur du for, apparaissent comme des *tentatives régulatrices hétérogènes* » ... des « *mesures de combat* dirigées contre d'autres Etats dont celui du for » (66).

M. Zweigert précise que, à la différence de ce qui se passe en matière d'ordre public, cette appréciation est inhérente à la règle de conflit elle-même qui renvoie au droit étranger, et, qu'en outre, le degré d'indignation nécessaire de la part du système juridique du for est inférieur à ce qu'il est en matière d'ordre public. Nouvel effort, donc, pour valoriser les caractéristiques de cette méthode par rapport aux procédés traditionnels. Cette distinction entre normes « sympathiques » et normes « hétérogènes » semble être reprise de M. K. Neumayer (67).

32. — La jurisprudence française paraît s'être abstenue, pour cette même question, de consacrer semblable distinction et, si elle marque une hostilité de principe envers les lois monétaires étrangères, situe le débat sur le terrain de l'exception d'ordre public (68).

(64) C. féd. d'Allemagne, 17 déc. 1959, *créance Wöllert*, *Revue*, 1961.313, note Mezger.

(65) Cf. Chron. de droit suédois par H. EEK, *Clunet*, 1966, p. 437.

(66) On peut en donner pour exemple l'arrêt rendu le 17 avril 1964 par le *Hoge Raad* des Pays-Bas, refusant de tenir compte des mesures de contrôle des changes indonésiennes, en dépit des accords de Bretton Woods, car il s'agissait de mesures de nationalisation déguisées, dirigées contre des ressortissants hollandais à des fins politiques : cité par P. DRAKIDIS, *Revue*, 1970, p. 393.

(67) NEUMAYER, « Die notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Fasc. 2, 1938, p. 35. — « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1957.579, et 1958.53.

(68) Voir Aix-en-Provence, 14 févr. 1966, *Englander*, *Clunet*, 1966.846, note P. Kahn ; « La réglementation étrangère du contrôle des changes est

Le récent arrêt *Janda* de la Cour de cassation est cependant beaucoup plus laconique, qui approuve la Cour d'appel d'avoir déduit du fait de la non-adhésion de la Tchécoslovaquie aux Accords de Bretton Woods (69) la conséquence « que les effets de la réglementation des changes de cet Etat ne pouvaient être reconnus en France » (70). Pour ses commentateurs, « le contexte politique explique l'élimination de la loi tchécoslovaque, et ce serait pure hypocrisie de ne pas le reconnaître » (71). M. Mezger, en particulier, se rapproche à cette occasion singulièrement de la doctrine allemande, en distinguant des lois « égoïstes » celles qui ne le sont pas (72).

33. — b) Les lois étrangères de nationalisation ont également fourni un terrain favorable au renouveau de cette théorie (73). Si elles furent l'occasion, pour la Cour de cassation belge, d'adopter une formule analogue à celle de l'arrêt allemand *créance Wöllert* (74), la jurisprudence française n'a pas opposé un refus systématique à la reconnaissance des effets de ces lois, mais a envisagé ceux-ci sous l'angle des conflits de lois (75).

Dans le même ordre d'idées, la très importante affaire *Royal Dutch* a été envisagée, tant par les tribunaux français que par les tribunaux helvétiques, sous l'aspect d'une éventuelle contrariété à l'ordre public des arrêts royaux néerlandais « pour le rétablissement des relations de droits » (76).

inapplicable en France comme contraire à l'ordre public français », solution qualifiée de traditionnelle par l'annotateur, *Clunet*, 1966, p. 855. En ce qui concerne l'incidence des statuts du F.M.I., cf. *infra*, n° 93.

(69) Elle s'en était, en fait, retirée.

(70) Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 1967, *Basso c. Janda*, *Revue*, 1968.661, note J. P. Eck ; D., 1968.445, note Mezger.

(71) J. P. Eck, *Revue*, 1968, p. 666.

(72) Voir ses notes à la *Revue*, 1961.313 et au D., 1968.445.

(73) Voir A. S. EL-KOCHERI, « Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental », *préc.*, *Revue*, 1967.249.

(74) La Cour belge estime que des mesures de nationalisation tchécoslovaques n'ont pas « pour but de régler les droits de personnes privées aux fins de leurs intérêts, mais de servir directement par voie de confiscation les seuls intérêts de l'Etat légiférant » : Cass. belge, 2 juin 1960, *Rev. crit. de Jurisp. belge*, 1962.447. Cf. également, relevant le caractère « manifestement politique » de semblables mesures discriminatoires d'expropriation qui s'oppose à leur effet en Belgique : Bruxelles, 14 oct. 1967, *Clunet*, 1971.880, obs. R. Abrahams.

(75) Cf. Y. LOUSSOUARN, « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *J.C.P.*, 1968.I.2140, et les nombreuses références en note.

Voir les huit arrêts rendus par la Cour de cassation le 23 avril 1969 dont certains rapportés à la *Revue*, 1969.717, note Schaeffer ; *Clunet*, 1969.912, note P. Chardenon ; *J.C.P.*, 1969.II.15897, concl. Blondeau. — Voir également H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 523 : les effets des nationalisations connaissent des limites lorsque l'Etat qui les édicte s'en prévaut pour déclarer siens et appréhender des biens situés à l'étranger.

(76) Contrariété admise par Paris, 21 déc. 1962, *Labadie*, *Gaz. Pal.*, 1963.1.79, concl. Desangles ; *J.C.P.*, 1963.II.13447, note H. Mazeaud ; *Clunet*, 1963.424, note Bredin ; *Revue*, 1966.238, note P. Francescakis.

L'arrêt a été, pour ce motif, cassé par Cass. civ., 25 janv. 1966, *Revue*, 1966.238,

34. — L'existence de lois « politiques », « hétérogènes » ou « égoïstes », leurs contemporains succédanés, évoque la lointaine distinction des statutaires, entre les statuts « odieux » et les statuts « favorables », et marque, ainsi, un certain caractère rétrograde.

L'opposition des statuts odieux et favorables s'est finalement résolue à travers le défaut de communauté juridique de Savigny, dans la théorie de l'ordre public, et l'on peut se demander ce qu'apporte la notion de loi politique, si ce n'est une distinction faussée à l'origine et lourde de dangereuses conséquences. Outre qu'elle situe la question sur le plan d'un véritable conflit de souverainetés — souverainetés jalouses et promptes aux mesures de combat juridique et économique —, elle implique un esprit de défiance généralisée, inacceptable comme base de solution des relations entre individus : ces mesures ne peuvent, en effet, être envisagées pour ce qu'elles sont en elles-mêmes, car elles ont des incidences, sous lesquelles toujours elles apparaissent, sur les rapports entre simples particuliers.

SECTION II

LES TENTATIVES DE SYNTHÈSE : LA THÉORIE DES RÈGLES D'APPLICATION IMMÉDIATE

35. — Le terme de règles (ou lois) d'application immédiate a fait son apparition dans l'histoire du droit international privé sous la plume de M. Francescakis (77). Dépourvu d'originalité, puisqu'il exprimait déjà, en droit transitoire interne, la vocation qu'ont les lois nouvelles à s'appliquer, même aux situations juridiques en cours, dès leur entrée en vigueur, il prenait une résonance particulière en droit international : l'immédiateté ne se comprenait plus comme une succession instantanée dans le temps, mais

note P. Francescakis ; *Clunet*, 1966.631, note Bredin ; D., 1966.390, note Y. Loussouarn.

La Cour de justice civile de Genève a adopté la même attitude que celle de la Cour de cassation française, dans les arrêts *Ammon* de 1954 et *Dana* de 1961, approuvés par M. P. A. LALIVE (*Clunet*, 1966.151), qui remarque que le droit international privé suisse « rejette de plus en plus le pseudo-principe de la non-applicabilité du droit public étranger, ou le dogme dépassé de la stricte territorialité des lois politiques étrangères ».

Voir également, sur la jurisprudence suisse, G. FLATTET, « Les arrêtés royaux néerlandais de rétablissement des relations de droit et leur application aux porteurs de valeurs mobilières hors des Pays-Bas », *Mélanges Secrétan*, Montreux, 1964, p. 33 et s., qui reconnaît à ces textes un caractère hybride, mais non celui de lois politiques.

(77) *Le renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, 1958.

comme une absence de recours à un procédé médiate — la règle de conflit — d'application de la loi (78).

Depuis, son « inventeur » semble avoir quelque peu répudié l'expression parce que, d'une part, elle évoque trop, précisément, le droit transitoire interne, et que, d'autre part, elle est purement descriptive d'un effet spécifique, n'exprimant pas le contenu de la norme (79), et a préféré que lui soit substituée la traditionnelle notion de loi de police à laquelle, toutefois, une portée nouvelle est insufflée.

Si nous conservons, ici, cependant, le terme de « lois d'application immédiate », c'est qu'il rend, mieux que celui de loi de police, compte du fait qu'il s'agit là d'une construction doctrinale particulière. La similitude même des expressions forgées par une doctrine parallèle, à l'étranger (80), la replace dans le cadre d'un mouvement de pensée qui dépasse les frontières nationales, les auteurs de divers pays ayant eu l'attention attirée par un phénomène, rendu en des termes dont la proximité seule est remarquable, phénomène qui consiste en ce que certaines normes juridiques définissent elles-mêmes leur domaine d'application, le procédé conflictuel paraissant par là exclu.

36. — Avant de nous demander si ce phénomène, dont on observe certainement la réalité en législation, constitue véritablement un fait digne d'attention et mérite la construction que l'on a édifiée autour, nous prendrons cette théorie — principalement telle qu'elle est exprimée par M. Francescakis — pour un fait momentanément indiscutable, et en exposerons les traits essentiels (§ 1^{er}). Cette analyse nous conduira à nous interroger sur les relations certaines qu'elle entretient avec la tendance unilatéraliste (§ 2).

§ 1. — Analyse de la théorie

37. — Plusieurs facteurs sont à l'origine directe de cette théorie. Le tout premier est l'insuffisance de la directive contenue à l'article 3, alinéa 1, du Code civil, qui a fait naître pour la doctrine le pouvoir, sinon le devoir, de l'interpréter « *de lege ferenda* » (81).

(78) « Tout se passe comme s'il existait des lois françaises applicables immédiatement en ce sens qu'elles se passent de l'intermédiaire du procédé des conflits de lois... » : P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les règles d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Revue*, 1966, p. 3.

(79) *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^e *Conflits de lois. Principes généraux*, n^o 136.

(80) *Norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia, norme auto-limitées ou d'application nécessaire ou exclusive* de MM. DE NOVA, Sperduti ou Malintoppi en Italie, *spatially conditioned internal rules* aux U.S.A., sous la plume de NUSSBAUM, *Räumlich bedingte Sachnormen* en Allemagne...

(81) En ce sens : P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^e *Conflits de lois. Principes généraux*, n^{os} 103 et s.

Non moins déterminante a été l'observation de la *jurisprudence* contemporaine dont nous avons rappelé quelques formules (82) et, peut-être plus encore, celle de la *technique législative* moderne consistant à fixer les conditions précises de l'application des lois dans l'espace (83). Par là, le législateur renoue avec une tradition ancienne, qui aurait été héritée de *Savigny* si ses commentateurs n'avaient retenu de son œuvre que le procédé auquel il avait simplement accordé ses préférences : le procédé des conflits de lois (84).

L'autorité de *Savigny* s'attachera donc à cette notion, pressentie tant en jurisprudence qu'en législation, mais dégagée par la doctrine, que certaines lois « postulent un domaine d'application exorbitant des solutions atteintes par le procédé » des conflits de lois (85).

Quels critères permettront de reconnaître qu'il s'agit de semblables lois ? Quelles conséquences l'admission d'une telle catégorie de normes implique-t-elle ? Telles sont les questions qui se posent.

A. — CRITÈRE DES RÈGLES D'APPLICATION IMMÉDIATE.

38. — Ce critère est double. Sous un premier aspect, il peut paraître assez formaliste, s'attachant à la circonstance que la norme juridique interne est assortie de sa propre règle unilatérale d'application dans l'espace, échappe donc à la détermination qu'en aurait effectuée la règle de conflit ordinaire. Cet aspect n'est cependant que révélateur du but poursuivi par le législateur, but qui s'avère être le seul critère général, dont la découverte constitue, en cas de silence de la loi, l'unique directive pour l'interprète (86).

(82) Le but a été dès lors « de réunir sous le même vocable ce que la jurisprudence entend indifféremment par lois de police et de sûreté et lois d'ordre public en dépassant les ambiguïtés dont sont entachés actuellement ces deux termes... » : P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o *Conflits de lois*, préc., n^o 123. — Cf., du même auteur, *Revue*, 1966, p. 2, préc.

(83) Cf. P. FRANCESCAKIS, « La persistance occasionnelle des législateurs à édicter des règles unilatérales ne saurait être dépourvue de signification » *Rép. Dr. intern. Dalloz*, préc., n^o 171, thème repris par M. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Revue*, 1971, p. 213.

(84) C'est bien d'une tradition savignienne que se réclament tous les auteurs dont il est ici question : voir P. FRANCESCAKIS, *Revue*, 1966, p. 1 et s. et P. GOTHOT, exposant « L'unilatéralisme devant la tradition savignienne » à la *Revue* de 1971, p. 24.

(85) P. FRANCESCAKIS, préc., *Revue*, 1966, p. 7.

(86) La dualité de critères se trouve exprimée par MM. DE NOVA, « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 377 et s., spéc., p. 381, et P. FRANCESCAKIS, *Revue*, 1966, p. 9 et s. et *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o *Conflits de lois*, n^o 139. Cependant, le second aspect du critère, seul général comme nous l'avons dit, semble finalement l'emporter chez M. Francescakis dans la définition qu'il donne des lois de police lors de sa communication au Comité français de Droit international privé, le 19 janvier 1968 (*Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 165).

Voir, pour des critères différents : P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 634, pour qui existent deux

39. — Il est des cas dans lesquels le législateur a pris soin de déterminer le champ d'application dans l'espace de la norme qu'il vient d'élaborer. Une telle détermination n'a, en soi, rien d'étonnant, et prend place à côté des dispositions par lesquelles le même législateur définit les personnes, les actes ou les choses visés par la loi ou, encore, assure l'application dans le temps (mesures « transitoires ») de la même norme.

Ce procédé législatif consistant, à partir de la norme juridique, à lui assigner un domaine spatial, n'aurait rien de révolutionnaire en lui-même — l'article 3 du Code civil n'est-il pas tout entier construit sur ce modèle ? — si ce n'était qu'il correspond aujourd'hui chez le législateur au désir d'attribuer à la norme un domaine plus étendu que celui que seraient susceptibles de lui assigner les règles de conflit, un domaine exorbitant du droit commun, justifié par les buts poursuivis (87). Il apparaît en effet que « pour les Etats modernes, la délimitation de l'empire spatial de leur propre loi interne représente un but en soi, indépendant du souci de rendre justice aux intérêts privés » (88). M. Graulich explicite cette opinion : le « but en soi » n'est pas la détermination même de la sphère d'application spatiale — qui n'est qu'une « nécessité inhérente à la fonction législative » — mais « la détermination d'une sphère d'application extraordinaire » qu'assure la négation de l'internationalité des rapports visés (89).

40. — On peut donner pour exemple d'une telle technique l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 relative aux contrats d'affrètement et de transport maritime, décidant son application « aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention » (90).

Il faut reconnaître cependant que de telles interventions du législateur, « dont le silence est de règle », sont rares. M. Francescakis en a fait, à diverses reprises, la constatation (91). Le critère

sortes de règles d'application immédiate : celles qui « prescrivent l'application de la loi interne en considération de la finalité de celle-ci », et celles qui « adoptent la même solution en fonction d'une politique législative d'assimilation de certains rapports internationaux mixtes aux rapports internes ».

(87) De ce point de vue, l'expression de M. de Nova — normes *autolimitées* — n'exprime pas suffisamment une telle ambition (*Mélanges Maury*, t. I, p. 381).
(88) P. FRANCESKAKIS, *Le renvoi...*, préc., p. 19, n° 14.

(89) *Mélanges Dabin*, t. II, p. 632.

(90) Cf. R. JAMBU-MERLIN, « Note sur les nouvelles règles de conflits de lois en matière de contrats d'affrètement et de transport maritime », *Revue*, 1966, p. 731. — Voir également l'exemple donné par M. DE NOVA, *op. cit.*, p. 381, exemple tiré de la loi italienne du 22 avril 1941 sur le droit d'auteur, dont l'article 185 la déclare applicable « à toutes les œuvres d'auteurs italiens et aux œuvres d'auteurs étrangers domiciliés en Italie, qui seraient publiées pour la première fois en Italie ».

(91) Cf. *Rép. Dr. intern.* Dalloz, n° 139 : « Le législateur se préoccupe rarement des incidences internationales des textes qu'il édicte... », et *Revue*, 1966, p. 10.

tiré de la structure externe des normes juridiques a donc dû être doublé de considérations qui, destinées à guider l'interprète, s'attachent directement au but même de la norme juridique.

41. — Comment, dans le silence du législateur, reconnaître que l'on est en présence de règles d'application immédiate échappant aux règles de conflit de lois ? Une première directive est donnée par M. Francescakis qui dégage, de l'amas apparemment hétéroclite de ces normes, les cas dans lesquels « il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique » (92).

L'organisation étatique... le mot clé fait son apparition : M. Francescakis dira encore que, ce qui importe pour ces lois, « c'est essentiellement l'élément d'organisation étatique qu'elles reflètent. C'est cette organisation qui souffrirait de l'intrusion de la loi étrangère » (93), ou encore que « les lois reflétant l'organisation ont... besoin d'un domaine d'application qui en assure l'efficacité » (94). On parvient ainsi à cette définition des lois d'application immédiate, définition à laquelle M. Francescakis est demeuré fidèle, et selon laquelle il s'agit des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation » (95).

42. — Telle est la souple directive fournie au juge dont le pouvoir d'interprétation est sollicité devant le mutisme du législateur. On peut sans invraisemblance considérer que la jurisprudence en a fait usage lorsqu'il a fallu appliquer les articles 375 et suivants nouveaux du Code civil — dispositions relatives à la protection des mineurs en danger — aux enfants se trouvant en France, indépendamment de la loi qui régissait leur statut personnel (96).

43. — Pour achever de caractériser le critère ainsi adopté des normes équivoques du conflit de lois, il est bon de relever la distance

(92) *Revue*, 1966, p. 13.

(93) *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Conflits de lois*, n° 125.

(94) *Revue*, 1966, p. 13.

(95) Communication précitée au Comité français de Droit international privé (*Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 165).

(96) Voir les arrêts *Maro*, Cass. civ. 1^{re}, 27 oct. 1964, *Revue*, 1965, 119, et *Bélaïd*, Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1965, *Revue*, 1965, Somm. 114, et l'article de M. J. FOYER, « Les mesures d'assistance éducative en Droit international privé », *Revue*, 1965, p. 39 et s. — Il faut cependant reconnaître que, dans cette matière, la notion d'organisation étatique n'apparaît pas au premier plan. On peut en voir, néanmoins, la manifestation dans le fait que la protection des mineurs, revêtant un aspect de défense sociale, affecte bien la somme des intérêts particuliers et qu'elle est, comme telle, prise en charge par l'Etat. Il est au reste difficile, comme nous le verrons (*infra*, n° 67), de découvrir dans la jurisprudence une consécration incontestable des idées exposées au texte.

que marque M. Francescakis lui-même par rapport à la thèse autrefois soutenue par Pillet : si ce dernier, en effet, s'attachait au but social des lois pour distinguer les « lois de garantie sociale » des lois « de protection individuelle », M. Francescakis retient, lui, une notion différente de « structure et d'organisation » (97), notion matérielle, précise-t-il, donc aisément vérifiable ; il écarte, par là, les critiques adressées à la théorie de Pillet, particulièrement au but « social » des lois, but qu'à divers degrés les lois possèdent toutes.

S'agissant de telles normes, leur application, dans les limites posées par le législateur ou déduites par voie d'interprétation, s'imposera au juge sans qu'il y ait lieu de rechercher la loi qui eût été, à défaut, normalement compétente. On parle volontiers, en ce sens, de normes d'application nécessaire. Deux précisions doivent être ici apportées et, tout d'abord, cette conséquence, qui est essentielle, ne peut être déduite de la directive que lorsqu'il s'agit de la *règle juridique du for* , le respect du champ d'application que s'assignent les règles d'application immédiate étrangères posant des problèmes beaucoup plus délicats et controversés (98). En second lieu, le domaine d'application de ces règles est susceptible de se déterminer en fonction de critères très variables, analogues à ceux utilisés dans les rattachements de type classique bilatéral : est donc répudiée la *territorialité* des lois de garantie sociale de Pillet ou celle de la formule désuète du Code civil, en son *article 3, alinéa 1* , et de la jurisprudence.

Cette dernière observation marque toutes les relations existant entre les règles d'application immédiate de M. Francescakis et les lois de police du Code civil : c'est le critère d'application — non nécessairement territorial — des premières qui s'oppose à celui retenu pour les secondes. Mais, en faisant appel à « l'organisation étatique », l'auteur n'a-t-il pas retrouvé le sens vrai de l'expression « loi de police » ? On comprend ainsi que si « la notion de loi de police vient renforcer, en indiquant le contenu des lois au bénéfice desquels la dérogation [aux règles de conflit] peut être admise », la généralisation de cette dérogation (99), « la notion de règles d'application immédiate redonne par contre-coup sens et vie aux « lois de police » ».

Aussi est-ce désormais sous le bénéfice de ces développements et en considération de ces nouvelles données que nous entendrons et utiliserons le terme de « loi de police ».

(97) *Revue*, 1966, p. 17.

(98) Voir *infra*, n^{os} 89 et s.

(99) GOTHOT, préc., *Revue*, 1971, p. 218 : extrait de sa définition synthétique des règles d'application immédiate.

B. — IMPLICATIONS DE LA THÉORIE.

44. — La théorie des règles d'application immédiate implique par certains aspects une nouvelle conception du droit international privé dans son ensemble. Grâce à l'admission du caractère hétérogène de tout système de droit international privé, qui est sa conséquence naturelle, elle vise en effet à résorber l'exception d'ordre public international aussi bien qu'à déplacer les conséquences de la distinction volontiers établie entre matières du droit privé et matières du droit public, sinon à la dépasser.

45. — *L'hétérogénéité de tout système de droit international privé* résulte à l'évidence de la reconnaissance, à côté des règles de conflit, d'une catégorie particulière de normes, lois de police, dont l'application dans l'espace s'effectue en vertu de critères propres prenant leur source dans la considération de la norme elle-même et non dans les situations concrètes qu'elle est appelée à régir. Une telle dualité est généralement admise (100), et M. Francescakis la présente (101) comme correspondant à une démarche naturelle de l'esprit : il faut d'abord se préoccuper de savoir si une loi interne requiert nécessairement son application aux faits, et, à défaut, mais alors seulement, déterminer le droit applicable en vertu des règles de conflit ordinaires (102).

46. — De cette dualité de méthodes, M. Francescakis prétend tirer une conséquence importante quant au domaine qu'il convient de reconnaître à l'exception d'ordre public international, quant à la conception même de celle-ci.

Une certaine critique menée à l'encontre de la thèse classique en matière d'ordre public (103) conduisait, en 1966, M. Francescakis à se demander pourquoi, certaines lois devant toujours être appliquées, ne pas faire l'économie d'un raisonnement en déclarant ces lois immédiatement applicables. En effet, l'exception d'ordre public n'est qu'une clause de sauvegarde, de réserve, appelée à ne jouer qu'en « dernier ressort », alors qu'une loi étrangère a été désignée et va être appliquée : elle présuppose le jeu normal de la règle de conflit. Mais si la norme juridique du for apparaît comme exprimant un principe intangible, en sorte qu'aucune loi étrangère ne peut s'appliquer dans le domaine qu'elle concerne, c'est faire une économie de raisonnement — et même une double économie — que

(100) Cf. P. FRANCESCAKIS, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 164 ; P. GOTHOT, *préc.*, *Revue*, 1971, p. 211 ; P. GRAULICH, *Mélanges Dabin*, *préc.*, p. 643.

(101) *Revue*, 1966, p. 17.

(102) Sur les relations entre les deux catégories de normes, voir *infra*, n° 89.

(103) Thèse représentée essentiellement par P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, MM. H. BATIFFOL, J. MAURY et P. LAGARDE.

d'appliquer immédiatement cette norme du for. L'exemple tiré de la jurisprudence invalidant toute reconnaissance d'un enfant adultérin souscrite en France, au mépris des dispositions plus favorables de certaines législations étrangères, l'illustrera suffisamment (104).

L'idée de M. Francescakis, développée particulièrement dans la communication qu'il a faite devant le Comité français de Droit international privé, en 1968 (105), répond donc au schéma suivant : l'exception d'ordre public international ne serait plus appelée à intervenir dans tout le secteur couvert par les lois de police ; il ne serait fait appel à elle que lorsque joue la classique règle de conflit. Dans ce dernier cas, l'ordre public international ne sauvegarderait que les principes généraux, non les politiques législatives nationales (106). Il s'ensuit que la tâche incombant au juge serait plus précise que « celle qui lui était demandée sous l'angle de la notion indifférenciée de l'ordre public... » : « il ne lui est pas, en effet, demandé de porter un jugement de valeur sur les lois étrangères, mais seulement de se prononcer sur la nécessité de l'application d'une loi française » (107).

La présence, au sein d'un système de droit international privé, de lois de police, devrait donc apporter à la théorie dite classique de l'ordre public un secours non négligeable contre « l'irruption massive de la loi du for, contre une invasion du nationalisme » devant lesquelles elle est désarmée et, rendant la vocation de la loi du for normale et non exceptionnelle, aurait « quelque chance de rendre l'emploi de l'ordre public moins perturbateur » (108).

47. — Enfin, et ce n'est pas la moindre idée avancée, l'admission des lois de police comme méthode distincte de celle des conflits de lois, va permettre de déplacer les conséquences de la traditionnelle distinction établie entre *droit privé* et *droit public* (109) et d'élargir, ainsi, le domaine du droit international privé.

Cette barrière élevée entre les matières relevant de l'une ou l'autre discipline par une doctrine toujours dominante a pour conséquence de restreindre le domaine du droit international privé au seul droit privé, les lois de droit public étant délimitées dans l'espace par des

(104) Cf. arrêt *Domino c. Ginesty*, Cass. civ., 3 juin 1966, *Clunet*, 1967.614, note P. Malaurie et *Revue*, 1968.64, note Derruppé.

(105) « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public » ? préc., *Comité Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 156 à 159, 163, 166.

(106) *Modèle international* et non *national* de l'ordre public, selon les termes de l'auteur : communication préc., p. 154.

(107) Communication préc., p. 165.

(108) Communication préc., p. 157. — Mais voir, dans la discussion qui a suivi l'exposé de M. Francescakis, p. 172, la critique de M. Goldman : « Cela revient à dire qu'on restreint l'exception en transformant une partie de son domaine en règle ».

(109) Sur cette distinction, voir *infra*, n° 101 et s.

règles particulières. C'est ce que l'on a pu nommer le droit international privé *stricto sensu* (110).

Le nombre des matières relevant strictement du droit privé se faisant de jour en jour plus réduit, il s'ensuit un « rétrécissement de plus en plus inconfortable » du droit international privé (111) et, surtout, la distinction entre droit privé et droit public tendant à s'estomper et à perdre de sa netteté — si jamais elle en a eu — jouirait ici d'un injustifiable succès posthume (112).

Aussi la reconnaissance, au sein même du droit international privé, à côté des règles de conflit de type classique, des lois de police — dont, précisément, le domaine dans l'espace se détermine unilatéralement — va permettre au droit international privé d'englober toutes les matières que l'on prétendait vouloir lui arracher (113) : « lier l'idée de lois d'application à celle d'organisation étatique, cela autorise à confier en principe au droit international privé l'ensemble des lois internes, quelles qu'elles soient... » (114).

Cet élargissement du domaine du droit international privé est, au reste, conforme à sa vocation tant historique — les statutaires n'ont jamais opéré semblables distinctions — que naturelle : « le droit international privé est... le droit de toutes les relations internationales affectées par la diversité des droits internes. Il se doit donc d'aborder de front le problème de l'intervention de l'Etat, qu'elle s'exprime ou non par le concept du droit public » (115), formule qui fait écho à celle de M. Vallindas (116), définissant le droit international privé *lato sensu* comme « l'ensemble des normes de droit destinées à régler les questions qui surgissent dans la vie internationale des individus, à cause de la coexistence parallèle de plusieurs ordres juridiques et d'organes fonctionnant à l'intérieur de chacun de ces ordres ».

48. — Cependant, quel que soit le bien-fondé de cette attaque menée contre une distinction assurément critiquable, les auteurs auxquels il est fait référence déplacent, comme nous avons pris soin de le souligner, sans la supprimer, la distinction dont ils déniaient le bien-fondé, puisqu'ils assignent désormais aux seules limites du droit privé le procédé du conflit de lois, le procédé concurrent des lois de police englobant droit public et cas mixtes (117). La négation de l'opposition du droit public et du droit privé risque donc fort,

(110) Cf. P. VALLINDAS, « Droit international privé *lato sensu* ou *stricto sensu* », *Mélanges Maury*, t. I, p. 509 et s.

(111) P. GOTHOT, préc., *Revue*, 1971, p. 6.

(112) P. FRANCESCAKIS, Communication préc., p. 160.

(113) Voir en ce sens, VIVIER, « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », *Revue*, 1953, p. 660.

(114) P. FRANCESCAKIS, *Revue*, 1966, p. 15.

(115) P. FRANCESCAKIS, Communication préc., p. 160.

(116) Préc., *Mélanges Maury*, t. I, p. 517.

(117) Cf. P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o *Conflits de lois. Principes généraux*, n^o 89.

si elle accroît le domaine du droit international privé, de restreindre à la portion congrue celui des règles de conflit. N'est-ce pas le but occultement poursuivi ? Les rapports qui s'établissent entre une doctrine telle que celle de l'unilatéralisme et la théorie des lois d'application immédiate, ou lois de police, vont permettre d'en juger.

§ 2. — Unilatéralisme et règles d'application immédiate

49. — La proposition visant à la reconnaissance de lois d'application immédiate ou de lois de police n'est-elle pas l'expression d'un « renouveau de la tendance unilatéraliste » (118) ? Les lois de police entrant en concurrence avec les règles de conflit de lois répondent en effet parfaitement à la définition de la norme unilatérale de droit international privé, soit « celle par laquelle le législateur détermine le domaine d'application de la loi qu'il édicte ou désigne les rapports tombant sous l'empire de sa propre législation » (119).

De la présence de telles normes utilisées notamment — comme chacun sait — lors de l'élaboration des Codes civils français et allemand, la doctrine unilatéraliste a déduit un système d'application de la loi dans l'espace radicalement différent du système conflictualiste, qui prend pour base essentielle et unique la « *volonté d'application* » de la loi, tant celle du for que la loi étrangère. Un système unilatéraliste pur se résumerait dans la directive suivante : « Est applicable par les tribunaux français (ou du for) la loi interne ou étrangère qui comprend dans son champ d'application les faits litigieux » (120).

La doctrine prônant un tel système est relativement ancienne. Elle s'est particulièrement exprimée en Allemagne, lors et en raison de l'élaboration du Code civil, par la voix de Schnell et de Niedner (121) et le nom de Niboyet s'y est attaché en France. C'est cependant en Italie, grâce à Quadri (122) qu'elle a fait l'objet d'une vigoureuse relance sur des bases différentes de celles de l'unilatéralisme « primitif » des premiers auteurs (123).

(118) Sur ce « renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », et sous ce titre, voir P. GOTHOT, préc., *Revue*, 1971, p. 1 et s. — Cf. également VIVIER, « Le caractère bilatéral... », préc., *Revue*, 1953, p. 655 et s. ; *Revue*, 1954, p. 73 et s.

(119) Définition donnée par M. GOTHOT, préc., *Revue*, 1971, p. 1.

(120) GOTHOT, *id.*, p. 3, note 1.

(121) SCHNELL, *Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Henschaft der Rechtsnormen. Zeitschrift für International-Privat und strafrecht*, 1895 ; NIEDNER, *Das Einführungsgesetz vom 16. August.*, 1896.

(122) *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3^e éd., Naples, 1961. — Mais sa théorie s'exprimait dès 1936 : « Funzione del diritto internazionale privato », *Arch. di diritto pubblico*.

(123) Exprimée notamment en termes de souveraineté : cf. NIBOYET, *Traité*, t. III, 1944, n° 931 bis, p. 244. Sur l'unilatéralisme « nouvelle manière » de

Malgré les énergiques critiques qu'elle s'est vu opposer, en dépit de son manque certain et universel de positivité, « pire défaut qui peut affecter une théorie juridique » (124), la doctrine unilatéraliste, renaissant périodiquement de ses cendres, fait encore de nouveaux adeptes qui la présentent comme étant « la seule méthode pour laquelle la diversité des droits internationaux privés cesse d'être un accident regrettable pour devenir l'hypothèse fondamentale du raisonnement » (125). Il tombe sous le sens que telle doctrine creuse la tombe des conflits de lois dont, si elle était si peu que ce soit pourvue de l'effectivité qu'elle réclame, elle entraînerait à brève échéance la complète disparition.

50. — Les rapports existant entre la notion de lois de police, telle que l'entend M. Francescakis, et la doctrine unilatéraliste ont été résumés dans l'expression « d'*unilatéralité partielle* » (126). La théorie des règles d'application immédiate, de fait, si elle accorde une place certaine aux normes unilatérales, ne généralise pas la formule ni n'en exprime toutes les conséquences qu'y attache la doctrine unilatéraliste pure. L'unilatéralité retenue est donc bien, en ce sens, partielle. Elle est même, nous le verrons, inexistante au niveau des lois de police étrangères.

A. — UNILATÉRALITÉ PARTIELLE VIS-A-VIS DES NORMES JURIDIQUES DU FOR.

51. — La doctrine unilatéraliste pure forme — comme nous l'avons indiqué — un système complet : il n'est pas, pour elle, dans un système juridique, de norme qui ne fixe son propre domaine d'application. C'était, pour les premiers unilatéralistes (« primitifs »), une conséquence de l'idée de souveraineté : chaque Etat souverain fixe l'empire de sa législation ; c'est l'expression d'un devoir et d'une limite. Prétendre légiférer pour le genre humain est empiéter sur les autres souverainetés. Indépendamment même de toute idée de souveraineté — qui n'est d'aucune utilité en ce domaine —, il faut reconnaître que « *toute règle juridique*, parce qu'elle est le fruit d'expériences déterminées, renferme au moins implicitement ses propres limites d'efficacité » (127). Le procédé de conflit de lois apparaît donc, dans ces circonstances, parfaitement inutile : aucune place ne lui sera réservée dans un système juridique donné.

Quadri, cf. P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 17 et DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 379 et s.

(124) P. GOTHOT, *préc.*, *Revue*, 1971, p. 209.

(125) *Id.*, p. 9.

(126) Le terme est de M. FRANCESCAKIS lui-même dans *Quelques précisions...*, *Revue*, 1966, p. 16, et est repris par M. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 213.

(127) QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, *préc.*, p. 199.

52. — L'admission de l'unilatéralité n'est donc que partielle chez un auteur qui, comme M. Francescakis, ne reconnaît l'existence de lois de police unilatérale qu'en tant que procédé concurrent, au sein d'un système de droit international privé, du procédé conflictuel.

Si, dans notre conception, écrivait M. Francescakis, il y a unilatéralité, elle ne peut être que partielle, c'est-à-dire, ne concernant que les lois d'application immédiate : « pour nous, il n'est question de fixer unilatéralement que le seul domaine de ces lois. Ce qui reste en dehors de ce domaine est du ressort des règles de conflit du type de Savigny » (128).

La thèse se présente donc comme étant avant tout une réaction contre l'importance exagérée du rôle attribué à la règle de conflit (129), sinon contre son exclusivisme dépourvu de fondement et contraire à la réalité, mais elle ne prétend pas viser à la disparition de la règle de conflit en tant que procédé de réglementation des relations internationales.

53. — Bien que partielle, et malgré l'affirmation selon laquelle il y a simplement lieu de « faire la part du feu, celle du nécessaire particularisme étatique, pour restituer au procédé de Savigny sa pleine efficacité » (130), l'admission de l'unilatéralisme engendre cependant par nécessité un véritable déclassement de la règle de conflit. Il va de soi, en effet, que la tâche imposée au juge sera de consulter, nécessairement, en premier lieu, ses propres normes internes afin de voir si l'une d'entre elles « désire » s'appliquer aux faits litigieux. Ce n'est qu'en cas de réponse négative, et alors seulement, qu'il sera recouru aux normes de conflit de lois.

C'est donc à raison qu'un auteur, M. Graulich (131), a pu écrire des règles d'application immédiate qu'elles « apparaissent ... comme ayant préséance sur les règles de conflit dont elles délimitent le domaine » (132). Ainsi, non seulement la règle de conflit perd sa prétention à la plénitude en tant que procédé du droit international privé, mais elle revêt de plus une nécessaire subsidiarité, subordonnée qu'elle est dans son intervention à l'inexistence ou au désintérêt d'une norme unilatérale vis-à-vis de la relation considérée.

(128) C'est-à-dire bilatérales... : *Quelques précisions...*, *Revue*, 1966, p. 16.

(129) Communication préc. (Comité de Dr. Int. Pr., 1971, p. 166).

(130) *Revue*, 1966, p. 16.

(131) « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. II, préc., p. 641.

(132) Il est précisé qu'elles ont préséance même sur les règles de conflit conventionnelles, et l'autorité de l'arrêt *Boll* de la C.I.J., du 28 nov. 1958 (*Revue*, 1958.713) est invoquée à l'appui de cette affirmation, arrêt qui apparaîtrait ainsi comme permettant à la Suède d'appliquer ses mesures protectrices de l'enfance à une mineure néerlandaise, en dépit de la règle de conflit formulée par la Convention de La Haye de 1902, et liant tant la Suède que les Pays-Bas, règle donnant compétence à la loi nationale de l'enfant : GRAULICH, préc., p. 641, note 2.

54. — Il s'ensuit d'ailleurs, au regard de l'application en général du droit du for, une conséquence troublante : la mise en œuvre de la règle de conflit, appelée à jouer subsidiairement, peut en effet aboutir à donner à la loi du for une compétence qui semblait exclue. Un exemple le fera comprendre, si l'on considère le statut des Voyageurs, Représentants, Placiers (ou « V.R.P. »), contenu aux *articles 29 K et suivants du Livre I du Code du travail français*, comme une règle immédiatement applicable à tout travail de représentation commerciale exécuté sur le territoire français. La compétence du droit français pourra être décidée ainsi : la règle d'application immédiate aura son plein effet s'agissant d'un travail exécuté en France (133) ; mais si le travail s'exécute à l'étranger, la situation ne rentre plus, en principe, dans le cadre de l'application nécessaire des dispositions françaises. En recourant alors à la règle de conflit, il sera néanmoins possible de « retrouver » la compétence du droit français en estimant que celui-ci est la loi du contrat choisie par les parties (134) ou déterminée à partir d'indices objectifs de localisation (135) : « une même loi française se verrait donc attribuer par le législateur français un champ d'application nécessaire par l'effet d'un critère d'application immédiate et, en outre, un champ d'application possible tracé par un critère de rattachement d'une quelconque règle de conflit de lois » (136). Une telle coïncidence ne pourrait, à notre sens, se produire que dans le domaine contractuel (137). Il n'en demeure pas moins qu'elle est choquante, parce qu'elle assure à l'application de la loi du for la part du lion (138). Elle résulte cependant nécessairement d'une unilatéralité partielle, dont on peut à présent se demander quelles sont les manifestations eu égard à l'application des lois de police étrangères.

B. — DÉFAUT D'UNILATÉRALITÉ VIS-A-VIS DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES.

55. — Il est, là encore, nécessaire de rappeler les conséquences auxquelles conduit une doctrine unilatéraliste pure afin d'apprécier dans quelle mesure la notion de règles d'application immédiate les répudie.

(133) Cf. Cass. soc., 9 déc. 1960, *Revue*, 1961.835.

(134) Il s'agit en fait, non d'une règle de conflit, mais d'une règle de droit international privé matériel : voir *infra*, n° 320 et s.

(135) Cf. Cass. soc., 1^{er} juill. 1964, *Revue*, 1966.47, note M. Simon-Depitre : il s'agissait d'un travail exécuté à l'étranger, mais la loi française régissait le contrat : le statut est appliqué. *A contrario* : Cass. soc., 5 mars 1969, *Revue*, 1970.279, note H. Batiffol ; inapplicabilité du statut à un travail exécuté à l'étranger, la loi française étant inapplicable au contrat.

(136) P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 220.

(137) *Contra* : P. GOTHOT, *id.*, p. 220, note 1.

(138) Sur cette succession de normes, voir *infra*, n° 89.

56. — Conséquence autrefois — notamment pour Schnell, Nidner et Niboyet — déduite du respect réciproque des souverainetés, l'unilatéralisme orthodoxe exige que la loi étrangère ne soit appliquée qu'autant qu'elle le prévoit : on respectera donc la « *volonté d'application* » de la loi.

a) Déterminer l'application de la loi étrangère grâce à la règle de conflit du for entraîne, en effet, le plus souvent à « déformer » cette loi, à l'appliquer dans des circonstances auxquelles elle entend demeurer étrangère ou, à l'inverse, à ne pas reconnaître dans un cas précis la compétence qu'elle se donne (139).

L'idée évoque celle du *renvoi*, transposé du niveau des règles de conflit, que le mécanisme entend coordonner, à celui des lois de police. Mais elle ne fait que l'évoquer puisque, ici, il s'agit de consulter directement la norme d'application étrangère, et que toute idée de coordination est absente, sa nécessité étant exclue par le fait que chaque loi reçoit immédiatement, par bonheur, de la part du juge saisi, le domaine qu'elle revendique. Il n'est cependant pas étonnant qu'elle ait été reçue avec succès en Italie, pays où la rigueur du système législatif interdit le renvoi (140).

b) La directive commandant de respecter la volonté d'application de la loi étrangère se révèle cependant — et c'est son écueil principal — impossible à exploiter concrètement, soit qu'aucune loi ne se veuille applicable, soit, hypothèse plus fréquente, que plusieurs lois revendiquent une compétence concurrente. Force est de reconnaître, ici, l'échec de la doctrine unilatéraliste qui n'a jamais pu apporter de réponse satisfaisante à ces deux problèmes de lacune ou de cumul de loi applicable (141). M. Gothot a prétendu apporter ces réponses : qu'en est-il ?

Devant une hypothèse de *lacune*, M. Gothot reprend pour l'améliorer la solution classiquement proposée par les unilatéralistes : le recours à la *lex fori*. Solution difficile à justifier, M. Gothot la relève toutefois et l'assortit d'une exception inadmissible, en voyant dans le recours à la *lex fori* un moyen « normal » mais non unique de combler la lacune. En effet, « si la conduite antérieure des parties peut montrer qu'elles ont agi dans la pensée — erronée, mais cela n'a pas d'importance [!] — qu'une loi les régissait ... rien n'empêche de les maintenir sous cette loi qu'elles ont cru la leur : la continuité

(139) Cpr. avec NIBOYET : la compétence positive d'un pays étranger ne peut émaner que de l'ordre du souverain étranger, « lui seul peut rendre efficace sa loi, le pouvoir de ses autorités ou la compétence de ses juridictions », *Traité*, t. III, p. 247.

(140) La doctrine italienne ne l'a cependant pas acceptée, pour cette raison, dans son ensemble ; Balladore-Pallieri s'est notamment élevé contre un principe qui « contreviendrait » à tout le système italien de Droit international privé interdisant de rechercher la volonté exprimée par la loi étrangère quant à son application : cité par M. DE NOVA, *Mélanges Maury*, t. I, p. 393.

(141) Voir les critiques exprimées par MM. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, n° 250, p. 305.

— âme du système unilatéraliste — ne peut manquer d'y trouver son avantage» (142). Autant avouer qu'on abandonne toute norme, tout souci de sécurité juridique, l'application désordonnée de la loi du for cédant, dans des hypothèses mal définies, et dont on voit mal qu'elles puissent constituer des directives valables pour l'interprète ou le magistrat, à une exception parfaitement anarchique.

Des critiques analogues peuvent être élevées à l'endroit de la solution préconisée pour l'hypothèse de *cumul* de lois se voulant applicables au même rapport juridique.

Ce cumul sera résolu dans le respect des directives de l'unilatéralisme : « l'effectivité » et « l'attente raisonnable », qui engagent à rechercher la loi qui risque le plus, en fait, de s'imposer aux parties : « la loi qui présente donc le caractère d'effectivité le plus intense doit être préférée ; les parties se verront ainsi imposer, dans le pays du for, la loi qu'elles ne pourront, de toute manière, éluder, ou à laquelle elles n'ont pas déjà pu échapper au cours de leurs péripéties antérieures » (143).

Une telle recommandation, non exempte de tautologie, serait de peu d'intérêt pour un juge appelé à trancher un cas concret, ou même pour les parties désireuses d'assurer la validité de leurs rapports. Et surtout, bien que ce moment soit reculé, on en revient toujours à la nécessité d'un choix, donc d'un critère, pour déterminer la loi dont le caractère d'effectivité est « le plus intense » : ce critère est absent de la doctrine unilatéraliste. S'agissant, ainsi, d'une question touchant à l'état des personnes, dira-t-on, pour trancher le cas concret qui la soulève, que la loi nationale est « plus effective » dans ce cas que celle du domicile ? A quels éléments, résidence, esprit de retour ..., faudra-t-il s'attacher pour savoir les chances qu'elle possède de s'appliquer (144) ?

57. — Quoi qu'il en soit, le caractère partiel de l'unilatéralité retenue par M. Francescakis devrait le conduire normalement à n'admettre de telles conséquences qu'au profit des *lois de police étrangères* — non au profit de toutes les normes juridiques : il y aurait donc lieu « d'appliquer la loi de police étrangère chaque fois qu'une telle loi se laissant constater dans un ordre juridique étranger, ce dernier entend qu'elle soit appliquée aux faits de l'espece » (145).

a) Une telle directive a été préconisée particulièrement dans le domaine contractuel, par des auteurs allemands pour la plupart,

(142) *Revue*, 1971, p. 31.

(143) *Revue*, 1971, p. 34.

(144) De plus, le recours à la notion d'effectivité qui connaît bien des difficultés en droit international public, est au moins aussi critiquable que l'appel — aujourd'hui abandonné — à l'idée de souveraineté.

(145) P. ГОТНОТ, *Revue*, 1971, p. 239.

tels que M. Wengler (146), ou hollandais, tels que MM. Deelen et de Winter (147). La haute juridiction hollandaise, le *Hoge Raad*, ne l'a-t-il d'ailleurs pas consacrée en déclarant que, si un contrat international n'est régi que par le système juridique choisi, à l'exclusion de toutes dispositions impératives ou supplétives d'autres systèmes juridiques, néanmoins « par rapport aux contrats tels que celui dont il s'agit, il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat ... » (148). Certes, en l'espèce, le *Hoge Raad* estime que les règles belges ne revêtent pas un tel caractère et n'interviendront donc pas pour régir le contrat expressément soumis par les parties au droit hollandais. Mais le caractère gratuit de l'affirmation n'a fait qu'en rehausser, aux yeux de certains commentateurs, la portée (149).

La théorie des règles d'application immédiate conduit-elle à de semblables prises de position ? Il ne le semble pas.

b) Pour M. Francescakis, tout se passe, en effet, comme si l'unilatéralité de certaines règles, une fois reconnue dans l'ordre juridique du for, ne devait avoir aucune conséquence sur le traitement réservé à la loi étrangère. La loi de police étrangère pourra bien être invoquée et appliquée dans l'ordre du for, mais ce ne sera que parce qu'elle relève du système juridique déclaré compétent, dans une espèce donnée, par la règle de conflit générale du for.

Le souci de protection de l'ordre juridique du for étant, en effet, épuisé par la non application — par hypothèse — d'une loi de police du for, rien n'interdit de reconsidérer les faits de l'espèce sous leur aspect international et, ainsi, d'en revenir au droit commun du procédé de conflit de lois. La règle de conflit ordinaire, classique, dont il sera ainsi fait usage pourra, dans la mesure où elle commande l'application d'un droit étranger (150), permettre au juge d'appliquer éventuellement la loi de police qui y est contenue.

M. Gothot (151) propose cette interprétation de la doctrine de

(146) Celui-ci dès 1941 : cité par P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 239 ; sur sa doctrine, cf. K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1957.579 et *Revue*, 1958.53.

(147) Sur la doctrine unilatéraliste hollandaise, voir la note signée A. V. M. STRUYCKEN, *Revue*, 1967, p. 527 et s.

(148) Arrêt du 13 mai 1966, *Van Nievelt, Gondriaan et autres c. N. V. Nederlandsche Assurantie Sociëteit et autres*, *Revue*, 1967.522, note A. V. M. Struycken, arrêt également rapporté, avec de légères différences de rédaction, au *Clunet* de 1969, p. 1010, avec le commentaire de M. R. D. Kolléwijn.

(149) Cf. A. V. M. STRUYCKEN, préc., *Revue*, 1967, p. 529.

(150) Pour le cas où elle conduit à l'application de la *lex fori*, voir *supra*, n° 51 et s.

(151) *Revue*, 1971, p. 228.

M. Francescakis, en s'autorisant notamment des termes d'une note écrite par l'auteur sans l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 25 janvier 1966, dans l'affaire *Royal Dutch c. Labadie* : en admettant que des lois telles que les arrêtés royaux néerlandais de rétablissement des droits ne sont pas purement et simplement applicables hors du pays qui les édicte, mais doivent franchir l'obstacle de l'ordre public, M. Francescakis, attaché par ailleurs à réduire les cas d'intervention de l'exception d'ordre public au domaine du procédé conflictuel (152), admet implicitement, mais nécessairement, le jeu normal de la règle de conflit ordinaire du for (153). Et lorsque M. Francescakis écrit des lois de police étrangères que « c'est la notion d'ordre public qui intervient pour contrôler l'application proprement dite de ces lois en France, lorsque cette application est prescrite par une règle de conflit de lois » (154), toute hésitation doit être levée.

Telle semble être également la solution adoptée par MM. de Nova (155) et Graulich (156), tous deux faisant également référence expresse à Balladore Pallieri qui l'a dégagée spécialement pour les rapports du travail (157).

58. — Cette conception qui, sous cet aspect encore, réserve donc une place au procédé de la règle de conflit, semble toutefois faire peu de cas de la loi de police étrangère. On a pu, du reste, critiquer cette position de la théorie des règles d'application immédiate s'attachant finalement à n'assurer l'application immédiate que des seules normes du for (158). Il est certain, et de l'aveu même de M. Francescakis, que le problème de l'application des lois de police étrangères est encore mal connu et, qu'à ce point de vue, la théorie qui est en particulier la sienne n'en est encore qu'à ses premiers balbutiements.

Serait-il, notamment, possible, dans l'optique ainsi adoptée, de combiner — par l'effet d'une sorte de renvoi — le jeu de la règle de conflit avec le respect de la sphère d'application que s'assigne la loi de police étrangère ? M. de Nova apporte une réponse partielle à cette question, qui, après avoir écrit : « quand... l'autolimitation concerne des dispositions d'un ordre étranger, leur application par un tribunal dépend avant tout d'une norme de droit international privé... », ajoute qu'« il faudra, en outre, que l'espèce rentre bien dans le champ d'application de ces dispositions au

(152) Cf. *supra*, n° 46.

(153) Arrêt et note à la *Revue*, 1966, p. 238 ; voir la note, spéc. p. 262-263.

(154) *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Conflits de lois. Principes généraux*, n° 149.

(155) « Conflits de lois... », *Mélanges Maury*, t. I, p. 398-399.

(156) « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 640.

(157) *Diritto internazionale privato*, Milan, 2° éd., 1950, p. 243 et s.

(158) Cf. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris, Dalloz, sous presse, n°s 358 et s., pour cette critique.

regard de leur ordre juridique...» (159). Si l'espèce rentre bien dans ce champ d'application, il y a simplement coïncidence de la règle de conflit et du champ d'application spécial. Sinon, et selon le même auteur, «la solution proviendrait d'autres normes de l'ordre juridique étranger, avant tout dans cet ordre même et par ricochet dans l'ordre du for».

Si l'on excepte cet effet, négatif, puisqu'il aboutit à tenir compte de la volonté d'inapplication du droit étranger (160), de la thèse des règles d'application immédiate, il faut reconnaître qu'elle ne consacre de méthode distincte qu'au profit des lois de police du for, n'entraînant guère de conséquences envers les lois de police étrangères.

59. — C'est donc bien d'un défaut d'unilatéralité qu'il faut ici parler. Ceci nous entraîne tout naturellement à nous interroger sur la réalité d'une opposition des méthodes, celle des lois de police et celle des règles de conflit de type bilatéral.

(159) Préc., *Mélanges Maury*, t. I, p. 399.

(160) Sur sa discussion, voir *infra*, n° 98.

CHAPITRE II

MYTHE OU RÉALITÉ D'UN CONFLIT DE MÉTHODES

60. — Un conflit de méthodes résulte — comme nous l'avons souligné — de la théorie des règles d'application immédiate qui, introduisant ce procédé de réglementation, au côté des règles de conflit de type traditionnel, dans un système de droit international privé, affirme le caractère hétérogène ou composite de ce dernier. Nous la prendrons donc pour base de notre discussion.

Il n'est pas dans notre dessein de nier l'existence de normes juridiques concernant l'organisation étatique, dont les objectifs socio-économiques sont d'une importance extrême pour une société étatique. Nous ne ferons au contraire, comme chacun, que constater leur accroissement et leur développement universel. Il est, de même, impossible de contester le particularisme d'une certaine technique législative, qui ne se répand que trop et marque, de la part du législateur, une préoccupation certaine de définir l'empire de la règle qu'il pose.

Mais ces constatations méritent-elles que tant d'efforts soient déployés pour en bâtir une théorie ? Valent-elles de sacrifier l'unité de méthode du droit international privé (qui connaît déjà, mais au louable profit du développement du commerce international, les solutions hétérogènes que sont parfois les règles de droit international privé matériel (1)) dans la poursuite de buts — accroissement immodéré, mais dangereusement rationalisé de la loi du for — bien peu légitimes ? On peut ici s'interroger sur le rôle que joue et que doit jouer la doctrine : doit-elle constater ou créer les phénomènes, tendre à les ramener à des concepts éprouvés ou en exagérer l'importance et la nouveauté ?

A toutes ces interrogations, nous espérons pouvoir apporter des éléments de réponse en prenant pour point de départ, non point la considération du contenu ou de la présentation matérielle — assurément spécifiques — des lois de police, mais celle de leur mode concret d'application. Cette application, nous avons vu M. Fran-

(1) Voir *infra*, nos 156 et s.

cescakis y insister, a lieu — du moins en ce qui touche aux lois de police du for — grâce à des rattachements analogues à ceux qui sont utilisés dans la plus pure tradition des conflits de lois. N'est-on pas, dès lors, autorisé à voir dans les lois de police des normes juridiques dont l'application se détermine à l'aide de règles de conflit particulières, *lex specialis* dérogeant à la *lex generalis* que sont les rattachements classiques ? (2).

61. — Si l'on se tourne à présent vers le problème de l'application des lois de police étrangères, la doctrine des règles d'application immédiate n'entraînant à vrai dire aucune méthode propre, c'est un peu enfoncer une porte ouverte que de démontrer, là encore, l'absence de particularisme des lois de police. Il ne sera pas cependant inutile de reprendre ce point et nous aurons ainsi épuisé une première section.

Allons-nous, pour autant, en ramenant le procédé des lois de police dans le rang des conflits de lois, confirmer l'idée que le conflit de lois est, et demeure, une notion propre au droit privé ? La critique menée contre la distinction du droit public et du droit privé n'était pas l'implication la moins intéressante de la doctrine de M. Francescakis. Mais elle était ambiguë car, restreignant expressément au seul droit privé la technique du choix de la loi, elle ne fait que déplacer les conséquences de la distinction, sans l'abolir. Notre position nous conduira cependant, au cours d'une deuxième section, à rejeter cette distinction et, sur ce point encore, à nous écarter de la théorie des règles d'application immédiate.

SECTION I

L'APPLICATION DES LOIS DE POLICE

62. — Notre ambition — le mot n'est pas trop fort si l'on songe à l'enthousiasme parfois aveugle qu'a pu soulever en doctrine une théorie telle que celle de M. Francescakis — est de démontrer ici que l'application de la loi de police du for, loin d'être « immédiate », nécessite l'*appel à une règle de conflit* (§ 1).

Nous verrons par ailleurs que la mise en œuvre de celle-ci, qu'elle entraîne, ou non, l'application de la loi dite de police du for, procède normalement des mécanismes traditionnels au conflit de lois (§ 2). Il sera donc permis, sinon de nier, du moins de réduire à l'extrême — en qualité comme en quantité — le particularisme volontiers reconnu à une prétendue catégorie des lois de police.

(2) Sur ce caractère dérogatoire, cf. *infra*, n° 70.

§ 1. — Appel à une règle de conflit

63. — Que les lois de police s'appliquent par le jeu de règles de conflit, M. Francescakis le reconnaît volontiers lui-même (3). Mais, à la différence de l'éminent auteur, nous insisterons sur ce point capital.

Les règles de conflit déterminant l'empire des lois de police (4) apparaissent toutefois revêtues de caractères particuliers, notamment celui de recevoir une expression volontiers unilatérale (5) — délimitant la sphère d'application de la seule loi du for. Cette distinction formelle qui oppose de telles normes aux règles de conflit de type classique, bilatéral, s'estompe lorsqu'elles apparaissent — comme c'est le cas le plus fréquent — susceptibles de recevoir une interprétation bilatérale.

A. — PARTICULARISME DE CETTE RÈGLE DE CONFLIT.

64. — 1^o Déterminante apparaît la nécessité, dans l'application de toute loi de police, de rechercher l'élément de rattachement qui seul permettra, s'il y est, en l'espèce, satisfait, cette application.

L'affirmation de la territorialité — parfois exprimée — des lois de police s'avérant manifestement insuffisante (6), on n'échappe donc pas, pour leur application concrète, à la *détermination de facteurs de rattachement* (7). Ceux-ci pouvant être aussi bien de nature territoriale — acte, fait ou chose accompli ou se trouvant sur le territoire — que personnelle (8) ne présenteront guère de différence appréciable avec les critères de rattachement caractérisant les règles de conflit classiques. Une situation juridique, un facteur de

(3) Cf. *Revue*, 1966, p. 9 ; le terme, prévient M. Francescakis, de lois d'application immédiate est trompeur : « nos lois sont soumises, en effet, bel et bien à des règles de conflit... ».

(4) Nous conservons le terme, avec le *contenu* que M. Francescakis lui a donné, mais en le neutralisant désormais, soit en ne lui attachant plus aucune des *conséquences* que l'auteur prétend en déduire.

(5) L'adjectif « unilatéral » sert ici à caractériser objectivement une certaine expression législative et ne met aucunement en cause une quelconque doctrine. Il ne faut donc voir à son emploi, dans ce contexte, nulle référence, notamment, à la doctrine unilatéraliste (sur celle-ci, voir *supra*, n^{os} 49 et s.).

(6) Sur la critique de la territorialité, voir *supra*, n^o 18. — Elle est d'ailleurs expressément repoussée par M. FRANCESCAKIS, *Revue*, 1966, p. 14.

(7) En ce sens, H. BATIFFOL, note à la *Revue*, 1967, p. 339.

(8) Voir, en ce sens : P. FRANCESCAKIS, *préc.*, *Revue*, 1966, p. 14 et P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 217, qui cite comme exemple la loi belge sur le divorce, loi du 27 juin 1960 déclarée applicable à tout divorce prononcé entre deux époux dont l'un est belge. On pourrait également citer l'interdiction, qui s'adresse à tout citoyen néerlandais, de tester en la forme olographe (art. 992 du Code civil hollandais).

rattachement, une loi — celle du for, mais il importe peu ici — ... où se cache la différence avec le mécanisme classique de la règle de conflit ?

Cette différence résiderait en ceci que, tandis que la règle de conflit de type classique commence par appréhender la situation juridique de l'espèce pour, au terme d'un raisonnement connu, déterminer la loi abstraitement la plus apte à la régir, la norme délimitant l'empire des lois de police dans l'espace considère en premier lieu la règle juridique interne dont elle définit à quelles relations humaines elle s'appliquera.

Considération des intérêts privés à régir ou délimitation de l'empire des normes du droit interne, ces deux méthodes par lesquelles on a, dans une célèbre controverse, voulu définir la tâche et les fonctions du droit international privé, doivent-elles de nouveau s'affronter ici ? Il ne le semble pas, et nous allons voir que rien ne permet de réfuter l'existence de véritables règles de conflit, même lorsque le législateur a explicitement choisi la formule qui consiste à définir unilatéralement le domaine de la règle par lui posée.

65. — a) La circonstance que la législateur ait pris soin de déterminer lui-même, dans une formule unilatérale, l'empire de la loi qu'il édicte, ne saurait en premier lieu tirer à conséquence. Ne peut-il, en effet, se réclamer de la plus ancienne tradition législative qui, en matière de droit international privé, existe en France, puisque telle est la manière dont ont procédé les rédacteurs de l'article 3 du Code civil (9) ?

S'il recueille cette tradition c'est que, tout comme ses illustres ancêtres, le législateur contemporain se montre souvent peu averti des problèmes de droit international privé (10). M. Francescakis analyse autrement cette attitude du législateur à laquelle, nous l'avons dit, il accorde une réelle importance. A l'en croire, elle résulterait, soit du fait que « le législateur se montre indifférent pour ce qui regarde l'application des lois étrangères », soit du fait « qu'il entend assigner à sa propre loi interne un domaine d'application plus étendu que celui que lui aurait assuré une règle de conflit bilatérale » (11). Mais il ne suffit pas de suivre sur ce terrain M. Francescakis pour déceler quelque obstacle à l'existence d'une règle de conflit.

(9) Les dispositions de la Loi d'Introduction au Code civil allemand de 1900 ont reçu, de façon générale, une semblable formulation. Cette double tradition législative trouvait au reste son modèle dans la théorie des statuts.

(10) Cf. R. JAMBU-MERLIN, *Note sur les nouvelles règles de conflit de lois en matière de contrats d'affrètement et de transport maritime*, qui révèle que les quelques dispositions — au demeurant incomplètes et de nature disparate — de conflit contenues dans la nouvelle loi du 18 juin 1966 n'ont fait l'objet d'aucun débat devant les assemblées parlementaires : *Revue*, 1966, p. 730.

(11) *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Conflits de lois. Principes généraux*, n° 171.

Si le législateur ne s'est préoccupé que d'assurer l'application de sa loi, dans une indifférence totale à l'égard des lois étrangères — ce qui est d'ailleurs son rôle premier et ce qu'ont fait très exactement les rédacteurs du Code civil (12) — rien n'empêche mais au contraire tout pousse l'interprète et surtout le juge qui ne peut être tenu à une telle indifférence vis-à-vis des lois étrangères, à extrapoler les termes de la loi et, au-delà mais par ceux-ci, à dégager une règle de conflit permettant l'application tant de la loi française que de la loi étrangère.

Prenons au contraire l'hypothèse où, d'une façon plus consciente pourrait-on dire, le législateur a voulu assurer à son texte un domaine plus vaste que celui qu'il aurait embrassé par application d'une quelconque règle de conflit classique : ainsi lorsque, en 1966, la loi relative aux affrètements et transports maritimes est déclarée applicable à tous les transports au départ ou à destination d'un port français... Son but, le législateur pense l'atteindre en fixant une norme de délimitation dans l'espace de la loi. Sa préoccupation n'est guère différente, non plus que le procédé qui l'exprime, lorsqu'il veut assurer l'application de sa loi, non plus dans l'espace, mais dans le temps : de même — et ce sera souvent à propos des mêmes textes — il refusera le recours implicite aux principes généraux qui commandent d'analyser la situation juridique concrète en vue de déterminer la loi applicable (dans le temps) et, prenant au contraire pour base de départ le texte de loi même, posera en quelques règles précises les critères de son application dans le temps.

66. — Il serait abusif de voir, dans cette détermination unilatérale de l'empire des lois dans l'espace un procédé parfaitement distinct de celui des conflits de lois. On a d'ailleurs montré avec aisance (13) que toute formule unilatérale pouvait être renversée, que « tout précepte peut recevoir une formulation centrée sur la situation litigieuse plutôt que sur le domaine d'application de la loi », et qu'ainsi, la formule « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français ... » peut devenir « l'état et la capacité des Français sont régis par la loi française ». Mais, surtout, il ne nous semble pas que les deux formules s'excluent l'une l'autre, ni que toute idée de délimitation dans l'espace de l'empire des lois soit absente de la formulation abstraite des règles de conflits de lois. Peut-on nier que, en matière de statut personnel, par exemple, le choix entre le domicile et la nationalité comme critère de rattachement, ne soit fait en fonction d'impératifs démographiques ainsi que de la considération d'un nécessaire domaine d'application que l'on désire assurer à la loi ?

(12) Méthode réitérée en 1966, l'article 3 de la loi sur les sociétés commerciales déclarant que « les sociétés dont le siège social est fixé en France sont régies par la loi française ».

(13) F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968, n° 85, p. 123.

Le but poursuivi par le législateur peut donc parfaitement se satisfaire de la découverte d'un *nouveau rattachement* qui permettra à la loi nouvelle une application différente dans son étendue de celle qui aurait résulté d'une règle de conflit de type classique, déjà existante. Il est ici nécessaire de ne pas pêcher par légalisme, de ne pas s'attacher, donc, outre mesure aux termes de la loi. Il serait, ainsi, pour reprendre un exemple déjà mentionné, tout à fait ridicule de déduire de la rédaction de l'article 3 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales que la matière concernant la constitution et la vie des sociétés est passée de l'empire des conflits de lois dans celui des lois de police — sans changement apparent, du reste, du critère de rattachement (siège social) proposé.

Avec M. F. Rigaux, nous poserons donc cette première conclusion provisoire que, « relative à un mode d'expression purement contingent de la volonté législative, la notion de loi d'application immédiate ne présente guère d'intérêt pratique, ni même doctrinal. Ce qui importe, au contraire, c'est de savoir si la disposition déroge aux règles de conflit de lois du droit commun ou se borne à confirmer une règle générale du droit international privé » (14).

67. — *b)* Le refus de recourir au procédé de conflit de lois devient franchement critiquable lorsqu'il est issu de la seule interprétation de la loi. On prétend le faire reposer sur le contenu même de la norme juridique qui, lié à l'organisation étatique, nécessiterait un domaine d'application du texte exorbitant des solutions que lui assurerait le droit commun des conflits de lois.

Nous n'insisterons pas sur la difficulté patente qu'il y aurait à faire de ce critère proposé en doctrine — axé autour de la notion d'organisation de l'Etat — une directive à laquelle le juge puisse s'adresser en toute sécurité, une directive permettant d'assurer la prévisibilité des solutions d'espèce (15). Il n'est d'ailleurs pas parvenu, ce qui le condamne plus sûrement, à dissiper les troubles qui se sont emparés de l'ensemble de la doctrine. Il est, en effet, très difficile d'accorder celle-ci sur l'analyse de telle ou telle législation, car, selon qu'elle s'est montrée plus ou moins réceptive à la théorie des lois de police (16), elle a tendance à discerner partout des lois d'une telle nature... ou à n'en voir aucune.

(14) *Id.*, n° 84, p. 120.

(15) Ce critère ne semble pas d'ailleurs, pas plus que la notion de règle d'application immédiate, être entériné par la jurisprudence. Voir l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 29 avril 1959, dans l'affaire *Chaplin* (*Clunet*, 1960.128, note B. G. ; *Revue*, 1959.484, note Y. L. ; D., 1959.402, note Lyon-Caen) qui pose que « les lois de protection [des auteurs] ne peuvent être tenues comme lois de police et de sûreté à portée territoriale [!] que dans la mesure où elles comportent des sanctions pénales ou d'ordre administratif ». Pour la difficulté de cerner les contours de l'idée, concrètement, cf. H. BATIFFOL, note à la *Revue*, 1967, p. 338.

(16) Au sens que leur prête M. Francescakis.

On s'aperçoit cependant, et l'indication est précieuse, qu'il est volontiers fait appel à la notion de loi de police — indépendamment de toute préoccupation d'un critère —, dès que, pour l'application d'une loi, quelque difficulté surgit quant au rattachement. Or de telles difficultés se produisent s'agissant de domaines encore neufs, couverts par des législations récentes — il en est ainsi du droit de la concurrence, du droit monétaire, de l'intervention de l'Etat dans la protection des mineurs... —, et elles ont lieu parce que la tradition des conflits de lois paraît, est, manifestement inadaptée à de pareilles hypothèses pour lesquelles jamais elle n'a pu se former.

68. — Mais, si l'on ne saurait nier cette inaptitude occasionnelle des règles de conflit classiques, il n'en résulte pas que l'on doive rejeter *a priori* toute idée de règle de conflit. La seule constatation dotée d'une réelle portée que l'on puisse faire, est que les rattachements actuellement existants sont insuffisants pour résoudre telle ou telle application de la loi. Mais le nombre des rattachements est *théoriquement* illimité : rien n'empêche donc d'en découvrir toujours de nouveaux, sous la condition qu'une telle recherche s'avère réellement nécessaire. Au reste, les grands rattachements, aujourd'hui classiques, — loi du lieu du délit, loi du lieu de situation de l'immeuble, loi personnelle... — n'ont pas été définis en un instant, mais au contraire se sont progressivement dégagés les uns des autres à mesure du progrès de la science des statutaires. Pourquoi devrait-on admettre qu'à un moment donné de l'histoire ce vivant matériau subisse une véritable momification ? Le développement de la législation interne, au réseau toujours plus dense, visant à réglementer toute activité humaine, doit, à l'instant même où se multiplient les contacts entre les diverses lois comme conséquence de l'intensification du commerce international, s'accompagner nécessairement d'un nouveau progrès de la science des conflits de lois : ce progrès se fera par la découverte de nouveaux rattachements. On voit ainsi comment, grâce à ces nouveaux rattachements, il sera possible, si le but de la loi l'exige, d'assurer à cette dernière un domaine d'application plus vaste, en tout cas différent, de celui qui résulterait du jeu d'une règle de conflit classique inadaptée.

69. — Ce n'est pas se montrer aventureux que d'estimer que de telles règles de rattachement nouvelles sont actuellement en voie de formation dans la jurisprudence, lorsqu'elle infléchit le règlement des conflits de lois en matière d'assistance éducative — par rapport à la puissance paternelle —, en matière du droit de la concurrence, du travail ou des changes — par rapport à la loi du contrat — ... Ce travail de gestation est toujours lent, souvent pénible, mais il ne représente, dans chaque cas particulier, qu'une étape transitoire. S'il est donc permis de prendre pour objet de son étude la chrysalide

en formation, c'est sous la condition de ne l'étudier qu'en tant que chrysalide, non en tant qu'être parfait (17).

70. — 2° On est donc conduit à estimer que, quelle que soit la part respective de l'intervention législative et celle du travail de l'interprète, dans tous les cas où il est fait appel à la notion de loi de police, c'est en réalité une règle de conflit qui s'apprête à intervenir, mais une règle de conflit marquée de quelque particularité, *une règle de conflit spéciale*.

Spéciale, cette règle de conflit le sera d'abord en ce sens que la diversité des lois de police entraînera la création d'autant de rattachements distincts : c'est la conséquence de l'absence d'un statut propre aux lois de police, comme il existe un statut contractuel, personnel... (18).

Elle sera également dotée d'une spécificité non douteuse vis-à-vis de la règle de conflit générale, de type classique à côté de laquelle elle fait figure d'exception (19). M. Maury y voit donc « des règles de conflit exceptionnelles par leur contenu (puisqu'elles donnent une solution différente de celle de la règle normale de conflit du droit considéré), exceptionnelles par suite, par leur domaine (puisqu'elles sont unilatérales) » (20).

On désignera donc désormais ce type de règle de conflit par les termes de « *règle de conflit spéciale* », en l'opposant à la règle de conflit ordinaire, de type classique, celle qui « ne se contente pas de déterminer les cas qui relèvent de la compétence de la loi interne, mais... désigne la loi étrangère compétente pour régir le rapport de droit envisagé, lorsque la compétence interne est exclue » (21), qualifiée, elle, de « *générale* ».

La règle de conflit spéciale aura ainsi pour occasion d'intervention, soit la volonté formelle du législateur (22), soit la nécessité dûment ressentie d'élaborer un nouveau rattachement (23). Il est indispen-

(17) Il est instructif, à cet égard, de consulter un ancien ouvrage, tel le *Dictionnaire* de VINCENT et PÉNAUD, *V° Lois de police et de sûreté*. On y trouve, groupées sous ce vocable, aussi bien les lois relatives aux crimes et délits que celles relatives aux aliments, à l'enseignement, à la faillite, à l'interdiction, au louage, à la séparation et au divorce... Notre liste, si tant est que l'on puisse parvenir à en dresser une, serait aujourd'hui bien différente et, dans la majorité des cas, nous ne voyons plus de loi de police : le temps est donc un facteur important.

(18) Voir, *contra*, pour l'affirmation de l'existence d'un tel statut des lois de police : J. FOYER, *préc.*, *Revue*, 1965, p. 39 et s.

(19) Ainsi, en matière contractuelle, les rattachements relatifs aux actes d'exécution font exception à la loi d'autonomie.

(20) Compte rendu de l'ouvrage de M. FRANCESCAKIS (« Le renvoi... »), *Revue*, 1958, p. 603. Voir également, dans le sens cité au texte, MAURY et DERRUPPÉ, *J.-Cl. Dr. Int.*, *V° Conflits de lois. Théorie générale*, Fasc. 532-B, n° 134, p. 13 et G. DE LA PRADELLE, note au *Clunet*, 1970, p. 935.

(21) G. VIVIER, « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », *Revue* 1953, p. 655.

(22) Cf. P. LAGARDE, note à la *Revue*, 1966.453.

(23) Elle n'est donc pas sans évoquer, *toutes proportions gardées*, la distinction qui oppose, dans un système comme le système anglais, le *Statute Law* auquel se joindrait l'*Equity*, d'une part, et la *Common Law* d'autre part.

sable de n'en pas exagérer le nombre au-delà de ces strictes nécessités (24).

71. — Le problème essentiel est de savoir si, dans la voie de cet achèvement vers un type de règle de conflit, il est possible d'atténuer le particularisme dont sont empreintes ces règles en les faisant bénéficier d'une interprétation bilatérale. Cette dernière étape atteinte, rien ne s'opposerait évidemment plus à voir en elles des normes de conflit au sens plein du terme, normes dont le contenu serait simplement différent — notamment plus précis et moins général — de celui des normes préexistantes.

B. — EST-ELLE SUSCEPTIBLE D'ÊTRE BILATÉRALISÉE. ?

72. — « La règle de conflit bilatérale se présente..., au-delà de la lettre de la loi, comme le type de raisonnement moderne auquel, en principe, on doit avoir recours pour la solution des conflits de lois » (25). Ceci explique et résume tout le travail effectué par la jurisprudence, tant française qu'allemande, qui a systématiquement interprété de façon bilatérale les normes de conflit formulées unilatéralement dans les Codes civils.

Si la jurisprudence, française du moins, paraît avoir beaucoup perdu de cette féconde hardiesse, une fraction importante de la doctrine a pris sa relève et pose que du moment où « la règle d'application immédiate déroge au droit commun, il faut s'interroger sur la possibilité de lui donner une interprétation multilatérale. Là apparaît le critère décisif... » (26). Certains auteurs (27) se sont donc récemment attachés à démontrer la légitimité et les intérêts de cette bilatéralisation dont le droit positif laisse augurer la possibilité qui ne semble pas toutefois dépourvue de limites.

73. — 1° La bilatéralisation est un *procédé légitime* dès lors que, faisant abstraction de la formulation unilatérale du texte de la loi — souvent fortuite — et donnant leur juste valeur aux objectifs prêtés au législateur, on s'attache à considérer que l'application de la loi de police interne ne s'opère pas sans qu'il existe quelque point de contact entre la situation litigieuse et le for. De cette observation, on déduit avec raison que « les critères de rattachement à la loi du for peuvent légitimement servir de critères de rattachement des lois étrangères » (28).

(24) Voir, en ce sens, H. BATIFFOL, note à la *Revue*, 1967, p. 339 ; H. GAUDEMET-TALLON, note à la *Revue*, 1971.71 ; et F. RIGAUX, *Précis*, n° 86, p. 124.

(25) P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Conflits de lois*, n° 171.

(26) F. RIGAUX, *Précis*, n° 84, p. 120.

(27) Voir P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 231, note 2.

(28) Cf. A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 431.

74. — Si l'on a mis parfois l'accent sur le caractère exorbitant de ces critères de rattachement, ceux-ci se révèlent cependant comme des critères objectifs de même nature que ceux traditionnellement utilisés dans la mise en œuvre des règles de conflit, spécialement établis et adaptés, non pas à une ambition, mais à la matière qu'ils concernent. Comment ne pas envisager leur extension, et qu'aurait celle-ci de déraisonnable ?

L'opération de bilatéralisation ne présente au contraire que des avantages. Avantage dans l'ordre juridique du for, d'abord, parce qu'elle permet de nier cette solution disparate que représenteraient des règles destinées à assurer la seule application de la loi interne, par rapport au droit commun ; avantage dans l'ordre international également, parce qu'elle signifie l'abandon de tout esprit particulariste non justifié, et permet seule une symétrie des solutions.

Ajoutons que pour nous, dans notre conception, la bilatéralisation de la norme d'application des lois de police du for ne se heurte à aucun obstacle d'ordre théorique, car elle est la *logique conséquence* de la reconnaissance, dans cette norme d'application, d'une véritable règle de conflit, caractère que ne lui ôtent ni le fait qu'elle est encore, souvent, en voie de formation, ni la circonstance que, règle de conflit nouvelle, elle forme une *lex specialis*.

75. — La bilatéralisation a parfois été présentée sous un autre jour et s'est, de fait, heurtée à des objections : elle a été envisagée comme un moyen d'assurer l'application des lois de police étrangère (29). Ce faisant, un auteur comme M. Graulich a pu écrire qu'il s'agissait là d'une « opération purement conceptuelle », car « la compétence de la loi du for étant commandée par son propre contenu, il faut supposer, pour proclamer la compétence du droit étranger, que la loi étrangère a un contenu similaire qui implique nécessairement une sphère d'application identique ». Il faut, de plus, ajoute l'auteur, supposer qu'une telle loi existe dans l'ordre interne (30).

Ces objections, qui ne sont nullement irréfutables du reste (31), sont inspirées de la doctrine unilatéraliste, mais elles ont le mérite de mettre l'accent sur les défaillances de la position attaquée ou, plutôt, sur la faiblesse de son point de départ qui est la préoccupation de trouver à l'application des lois de police étrangères dans l'ordre du for une base rationnelle.

Or nous rejetons une telle préoccupation : il ne s'agit pas d'appliquer des lois de police étrangères, mais de tirer de l'existence, dans notre système juridique, de règles de conflit les conséquences naturelles qui en découlent, c'est-à-dire l'application éventuelle du droit

(29) Voir l'ouvrage précité de A. TOUBIANA, qui l'envisage sous cet angle (n^{os} 429 et s.).

(30) *Op. cit.*, *Mélanges Dabin*, p. 638.

(31) Voir la réfutation dans l'ouvrage de A. TOUBIANA, n^{os} 434 et s.

étranger, lorsque ces règles de conflit ne désignent pas le droit interne comme étant le droit compétent. Il importe peu que le système étranger ainsi désigné se compose, ou non, de lois de police, de règles spéciales, l'existence comme les consécutions de cette notion n'étant pas nécessairement identiques à celles que nous leur reconnaissons dans notre propre système. On évite par là-même un délicat problème de qualification, aussi dénué de solution que d'intérêt (32).

Au reste, le rejet du concept particulier de « lois de police » dans l'ordre du for entraîne logiquement l'ignorance de celui-ci dans les ordres étrangers. Au contraire, l'admission, dans ce même système du for, de règles de conflit de type spécial commande que l'on considère l'application du droit étranger de la manière habituelle, avec les limites que cette manière emporte quant au domaine que revendique lui-même le droit étranger.

76. — Autre conséquence de la position que nous avons cru devoir adopter, la bilatéralisation doit être envisagée, cas par cas, comme une abstraction de la règle apparemment unilatérale qui commande l'application de chaque loi de police du for, cette abstraction permettant seule de dégager une règle de portée générale qui autorise, tant l'application de la loi interne que celle de la loi étrangère. Le caractère hétéroclite des lois de police, mais surtout des critères qui en sous-tendent l'application dans l'espace, interdit que la bilatéralisation aboutisse à la formulation d'une règle de conflit unique, propre aux lois de police et indifféremment valable pour chacune d'entre elles : il n'y a pas, nous l'avons dit, de « statut des lois de police » (33).

Dans notre conception, il n'y a que des règles de conflit spéciales, au moins en voie de formation, auxquelles il est légitime de donner — mais à chacune d'elles prise séparément — une interprétation bilatérale. Une telle solution s'imposera en dépit des termes de la loi, ou bien découlera naturellement du travail d'interprétation que l'application de cette dernière nécessite, car ce n'est pas en vain ni à demi-mesure qu'il doit être fait appel à la liberté créatrice du juge.

Une dernière précision s'impose. On a pu estimer que la bilatéralisation était « parfaitement réalisable lorsque l'application immédiate est commandée par le contenu de la loi interne dont la sphère d'efficacité est déterminée en fonction d'un critère susceptible d'être employé dans une règle de conflit » (34). Ceci nous paraît exact, à condition de ne pas chercher ainsi à réduire les possibilités

(32) Sur la place qu'il y a lieu de faire, cependant, au domaine que s'assigne la loi, éventuellement, de police, étrangère, et la possibilité de renvoi, voir *infra*, n° 98.

(33) *Contra* : F. RIGAUX, *Précis*, n° 85, et la critique de ce dernier par P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 232.

(34) GRAULICH, *Mélanges Dabin*, préc., p. 638.

de bilatéralisation aux hypothèses où existe un critère de rattachement déjà expérimenté dans le fonctionnement de règles de conflit de type classique, ce qui serait une absurdité : il s'agit de favoriser, non de contrarier le développement de nouvelles règles de conflit faisant appel à de nouveaux rattachements dont l'arsenal est, théoriquement encore, illimité.

77. — 2° La bilatéralisation des normes de rattachement des lois de police apparaît non seulement comme une proposition parfaitement légitime, mais encore comme une opération concrètement réalisable pour la grande majorité de ces normes. La compétence de la *lex loci delicti* pour les actes et les faits illicites n'en est que la preuve la plus ancienne qui existe pour le type le plus primitif de lois de police qui ait été dégagé. On a parfois tendance à l'oublier et le trouble jeté dans les esprits par les notions de lois territoriales, de lois de police... est si grand que l'on a vu des décisions rejeter, en leur nom, l'application de la loi étrangère pour affirmer celle de la loi du for, s'agissant cependant de délits commis à l'étranger (35).

78. — Des exemples plus actuels peuvent également être fournis. L'un d'eux est particulièrement net, puisqu'il contient l'affirmation récente, par la Cour de cassation, d'un nouveau rattachement : c'est celui de la *subrogation légale* d'un organisme ou d'un Etat étranger dans les droits de la victime contre l'auteur du dommage.

La subrogation légale a, de façon générale, fait beaucoup hésiter la jurisprudence, et l'on a pu relever quantité de décisions — au nombre desquelles des arrêts de la Cour de cassation — paraissant consacrer l'idée qu'il s'agissait là de matière de police (36). L'hésitation n'a fait que croître lorsque se sont présentés devant les prétoires français des organismes de sécurité sociale étrangers, ou encore des Etats, s'appuyant sur les termes de leurs législations pour faire valoir leurs droits : y avait-il lieu de faire produire effet à des lois de droit public étranger ? Pendant que l'on s'efforçait sur cet obstacle, et aussi parce qu'un rattachement se dégageait avec difficulté, le problème n'était généralement pas placé sur le terrain des conflits de lois (37).

La question vient d'être résolue en termes de conflits de lois, avec une remarquable similitude des solutions de fond, par les Cours

(35) Arrêt *Kieger c. Amigues*, préc., de la Cour de Paris, 2 oct. 1963, *Revue*, 1964.332, note P. Lagarde ; *Clunet*, 1964.103, obs. B. G. Mais, sur l'affirmation de la portée bilatérale de l'article 3, alinéa 1 du Code civil, voir au contraire : Cour d'appel de Liège, 26 janv. 1967, *S.A. La Minerve c. S.P.R.L. André Charles et Co* (*Clunet*, 1971.882, obs. R. Abrahams), décidant que « l'article 3, alinéa 1 « du Code civil, décidant que les lois de police et de sûreté sont applicables à « tout fait commis sur le territoire national, constitue une règle de droit international privé ; qu'elle ne vise donc pas le seul territoire belge, mais celui de « tout Etat quelconque, quelle que soit la nationalité de l'auteur des faits ».

(36) Cf. A. TOUBIANA, *op. cit.*, nos 480 et s., spéc. n° 481, et les réf.

(37) Voir le rappel de ces décisions par M. P. LAGARDE, *Revue*, 1970, p. 692 et s.

de cassation française (38) et belge (39). La Cour de cassation française énonce que « la subrogation légale est régie par la loi de « l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été créée », et approuve la Cour d'appel d'avoir « justement appliqué la règle de « conflit en la matière, à laquelle est étrangère à la fois la loi du lieu « du fait dommageable, celle de la créance et celle du contrat d'assurance » (40).

Ainsi, non seulement la Cour de cassation écarte définitivement toute illusion sur le caractère de loi de police de la subrogation légale (41), mais encore elle marque bien le caractère nouveau et spécial du rattachement opéré, distinct de la *lex loci delicti* comme de la loi de la créance ou du contrat d'assurances (42).

79. — Sans pouvoir, ici, détailler plus avant d'autres exemples, nous signalerons simplement qu'un tel rattachement bilatéral semble devoir se dégager pour l'application des *législations anti-trust* — en faveur de l'application de la loi du lieu où se réalisent les effets anti-concurrentiels de l'entente (43) —, pour l'application des *lois monétaires ou de change* (44), ou, plus généralement de celles concernant les *actes d'exécution des contrats* — en faveur du lieu d'exécution (45) — enfin, en matière de *droit du travail*, en faveur de la loi applicable au lieu où s'exécute le travail (46) ou au lieu de l'établissement employeur (47)...

(38) *Aff. Reyes c. U.S.A.*, Cass., 17 mars 1970, *Revue*, 1970.688, note P. Lagarde et Clunet, 1970.923, note G. de La Pradelle.

(39) *R.F.A. c. Bureau belge des assureurs automobiles*, 23 oct. 1969, *Revue*, 1970.688, note P. Lagarde; *Clunet*, 1971.881, obs. R. Abrahams.

(40) Voir, pour une application avant la lettre de cette formule : Paris, 18 juin 1969, *Demoiselle Hirschbein et Richard c. Torrès*, *Clunet*, 1970.923, note G. de La Pradelle, et, mais cette fois dans le cadre d'un recours subrogatif de la Caisse de sécurité sociale minière de la Sarre, par application du Règlement n° 3 C.E.E. sur la Sécurité sociale : Colmar, 15 nov. 1969, *Gaz. Pal.*, 1969.1.6 (cf. *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Obligations*, mise à jour 1972, n° 51).

(41) C'est encore plus net dans l'arrêt belge : « Attendu que les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi-délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation, sont des lois de police au sens de l'article 3 du Code civil... Attendu en revanche que la subrogation légale obéit à sa loi propre, celle qui régit le paiement opérant « subrogation... ».

(42) Cette dernière solution avait, cependant, été préconisée par une importante partie de la doctrine et, récemment, par Mlle Toubiana (*op. cit.*, n° 485).

(43) Voir A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 432, et B. GOLDMAN, « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence », *Recueil*, n° 128, 1969.III, p. 637 et s., qui constate le rapprochement des critères entre législations ou jurisprudences française, anglaise, américaine, allemande et européenne (C.E.E. et C.E.C.A.).

(44) Cf. J. P. ECK, *Les problèmes actuels du droit monétaire*, communication du 4 mai 1970 au Comité français de Droit international privé (compte rendu de M. BELLET, *Revue*, 1971, p. 142) et, du même auteur, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Change*, n°s 157 et s., mise à jour 1972.

(45) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, n° 612.

(46) Cf. F. GAMILLSCHEG, « Les principes du droit du travail international », *Revue*, 1961.265, 477, 677, spéc. p. 682.

(47) Voir, pour l'application des conventions collectives du travail : M. DES-

80. — Certaines *limites* naturelles semblent cependant devoir restreindre la faculté de bilatéraliser la portée des règles spéciales assurant dans l'ordre du for l'application des lois de police internes. Les lois instituant des privilèges de nationalité ainsi que celles dont le domaine d'application se détermine au moyen de critères alternatifs seraient la double origine de ces limites.

Certains auteurs, envisageant avec plus ou moins de sympathie l'opération de bilatéralisation, l'estiment de toute manière impossible dans les hypothèses où la loi de police « trouve en quelque sorte son fondement dans un *privilège de nationalité* » (48).

L'idée de privilège de nationalité dans le règlement des conflits de lois, dont on trouve une trace dans la jurisprudence *Ferrari*, s'exprime ainsi dans l'exemple, très proche, de la loi belge du 27 juin 1960, loi sur le divorce, appelée à régir le divorce des époux dont l'un au moins est belge. Cependant, d'autres exemples, loin de faire état d'une idée de faveur pour le national, font appel plutôt à un désir de protection, protection de ceux qui se trouvent directement visés par la norme (49) ou bien protection des tiers (50).

Il faut reconnaître que de semblables normes, par le souci particulariste dont elles sont empreintes, répugnent résolument à leur bilatéralisation qui n'offrirait, à vrai dire, aucun intérêt. Mais,

PAX, « La détermination des sujets de la convention collective de travail », *J.C.P.*, 1965.I.1938, n° 23.

Ces solutions ont été très récemment consacrées par l'Institut de Droit international dans la « *Résolution relative aux conflits de lois en matière de droit du travail* » qu'il a adoptée le 3 septembre 1971, lors de la session tenue à Zagreb. L'article 3 de cette Résolution prévoit en effet de soumettre « la validité intrinsèque, les effets, la rupture et l'expiration des contrats de travail, ainsi que les relations individuelles de travail en général » à la loi du lieu où le travail doit s'exécuter. Ce rattachement ne cède que devant le choix par les parties d'une autre loi (art. 5), choix qui lui-même est impuissant à écarter les lois et règlements (et aussi les conventions collectives : art. 6) du lieu d'exécution « dont le caractère implique l'application obligatoire à tout travail exécuté sur le territoire » (art. 7). Par ailleurs, la loi du domicile ou du siège social de l'employeur vient, le cas échéant, pallier la défaillance du rattachement au lieu d'exécution (art. 4), ainsi en cas de travail exécuté sur plusieurs territoires. Cf. le texte à la *Revue*, 1971, p. 839 et au *Clunet*, 1972, p. 45.

(48) P. GRAULICH, *op. cit.*, *Mélanges Dabin*, p. 638 et p. 630, note 4. — Voir aussi : P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 231, note 4 ; F. RIGAUX, *Précis*, n° 83, qui parle plutôt, à leur sujet, de « *règles exclusivement unilatérales* ». Déjà Kahn voyait une telle limite à la possibilité de transformer les « *règles de délimitation* » en « *règles d'application* », et donnait en exemple le paragraphe 7, alinéa 3, *E.G.B.G.B.* qui permet de réputer capable, pour les actes passés en Allemagne, d'après la loi allemande, l'étranger dont la capacité est restreinte par sa loi nationale.

(49) Interdiction faite aux Hollandais de tester même à l'étranger en la forme olographe par l'article 992 du Code civil des Pays-Bas (cf. F. RIGAUX, *préc.*, n° 406), ou soumission du belge à sa loi nationale pour les chèques qu'il signe à l'étranger, par dérogation à la règle multilatérale conventionnelle adoptée à Genève le 19 mars 1931, en vertu de la réserve introduite en Belgique par la loi du 1^{er} mars 1961, article 63.

(50) Exemple précité de l'alinéa 3 du paragraphe 7 *E.G.B.G.B.*, dont le principe a été, en France, exprimé dans la jurisprudence *Lizzardi*.

là encore, les termes de la loi peuvent être trompeurs, et il ne faudra point nécessairement déduire un tel particularisme du fait qu'ils paraissent, de prime abord, ne s'adresser qu'aux nationaux (51).

81. — En second lieu, s'opposent à toute bilatéralisation les lois de police dont le *facteur de rattachement* au for possède un *caractère alternatif* (52). Les exemples n'en sont pas, à vrai dire, très nombreux, car les auteurs semblent toujours raisonner sur la même hypothèse, tirée du droit des transports maritimes. En France, la loi du 18 juin 1966 à laquelle nous avons fait allusion, loi relative aux affrètements et transports maritimes, se déclare applicable à tous les transports effectués au départ ou à destination d'un port français, non soumis à la Convention de Bruxelles de 1924. Une telle détermination du champ d'application de la loi est assez répandue chez les nations maritimes (53) pour que l'on ait pu voir dans la règle formulée en 1966 par le législateur français un désir de rétrocession ou d'alignement (54).

Si la norme peut facilement recevoir application lorsqu'un transport a lieu au départ *et* à destination de ports d'un même pays étranger (55), elle cesse d'être d'une utilité quelconque lorsque les ports de départ et d'arrivée se situent en des pays différents, ne permettant pas d'opérer un choix entre les deux indices alternativement retenus pour l'application de la seule loi du for.

Dans une hypothèse analogue, le Tribunal de Rotterdam a cependant forgé une jurisprudence lui permettant de déduire de l'article 517 *d* du Code de commerce des Pays-Bas l'application du droit étranger, en s'attachant à la considération du port de départ. Cette jurisprudence, dont il était « le partisan solitaire » a cependant été récemment démentie par l'arrêt rendu le 13 mai 1966 par le *Hoge Raad* (56).

On a soutenu (57) qu'il était à la vérité inutile de tenter de bila-

(51) Ainsi, l'article 3, alinéa 3 de notre Code civil, ne vise que les Français : cela n'a pas empêché la jurisprudence d'en extraire la vocation générale et abstraite de la loi nationale pour les questions d'état et de capacité des personnes.

(52) M. RIGAUX leur donne le nom de « règles non synthétiques » (*La théorie des qualifications*, n° 160 et *Précis*, n° 83). Terminologie qu'il justifie par la circonstance que « le concept désignant l'hypothèse légale de la règle non synthétique n'est pas la catégorie de rattachement usuelle mais le concept de droit privé de la règle substantielle dont l'effet juridique est étendu aux situations internationales ».

(53) Voir, pour la Belgique, article 91, Livre II du Code de commerce de 1928 (cf. F. RIGAUX, *Précis*, n° 83), pour les Pays-Bas, article 517-*d* du Code de commerce (cf. A. V. M. STRUYCKEN, *Revue*, 1967, p. 526 et s.).

(54) Cf. E. DU PONTAVICE, « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », *J.C.P.*, 1967.I. 2063 ; A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 436 et s.

(55) Mais peut-on dire qu'il s'agit là d'une véritable bilatéralisation ?

(56) *Revue*, 1967.522, note A. V. M. Struycken et *Clunet*, 1969.1010, obs. Kolléwijn.

(57) Cf. A. TOUBIANA, *id.*, n° 439-440.

téraliser de telles règles dont le caractère de loi de police demeurerait douteux. Cette affirmation, essentiellement fondée sur l'illégitimité du procédé employé par le législateur vise à rendre sans objet l'objection selon laquelle les normes pourvues de critères de rattachement alternatifs seraient rebelles à toute bilatéralisation.

Ceci nous semble une reculade, et ni le doute portant sur le caractère de loi de police, ni le jugement porté sur la valeur des procédés mis en œuvre par le législateur ne peuvent permettre de ne pas accorder davantage d'attention à la question. Il vaut mieux admettre que réside, dans des normes de ce type, une *impossibilité technique* à la bilatéralisation. Ces hypothèses sont en nombre réduit et forment une véritable exception susceptible de s'accroître selon le bon vouloir du législateur dont toute exégèse se révèle incapable de transgresser l'ordre.

82. — A de telles normes, ainsi qu'à celles marquées par un souci de privilégier ou de protéger les nationaux, nous préférons donner le nom descriptif de *normes d'application unilatérale*, voulant marquer par là qu'il ne faut pas s'attacher à l'expression, mais à l'application concrète — bilatérale ou non — de la loi, qu'elles ne sont pas, d'autre part, d'application « immédiate », mais elles aussi des normes de rattachement, des normes d'application, non des normes de délimitation pour reprendre la terminologie de Kahn.

La prétendue originalité des lois de police se réduit donc — quantitativement — à peu de choses, à ces normes d'application nécessairement unilatérale dont le nombre ne peut croître qu'en vertu de la volonté expresse du législateur, non par les effets d'une interprétation qui doit demeurer attentive à ce qu'une interprétation multilatérale des règles de conflit est la voie normale qui permet seule d'assurer la réalisation des objectifs de la société internationale (58).

Par la bilatéralisation, le particularisme des lois de police est donc appelé à disparaître dans la très grande majorité des cas, faisant figure de simple étape transitoire dans la formation de règles de conflit nouvelles, règles spéciales par rapport aux règles de conflit générales qui forment les grands rattachements classiques. Il n'y a pas là une vaine querelle de langage et il ne s'agit pas d'abriter sous l'étiquette des règles de conflit spéciales une nouvelle formule de lois de police : l'étude de la mise en œuvre de ces règles achèvera de s'en convaincre.

(58) Cf. F. RIGAUX, *Précis*, n° 86, p. 124.

§ 2. — Mise en oeuvre de la règle de conflit spéciale

83. — Pour être spéciales quant au critère de rattachement qu'elles adoptent (59), les règles que nous avons reconnues comme des règles de conflit n'en obéissent pas moins à des principes très classiques dans leur mise en oeuvre, ce que l'on constate en toute hypothèse, soit que celle-ci aboutisse à l'application de la loi du for (A), soit qu'elle lui dénie compétence (B). Il faudra cependant tenir compte du particularisme des quelques règles d'application unilatérale que nous avons dégagées, car l'impossibilité de bilatéralisation qui en fait le trait commun ne peut être dépourvu de conséquence lorsqu'il n'y a pas lieu, en vertu du critère qu'elles adoptent, d'appliquer la loi du for.

A. — APPLICATION DE LA LOI DE POLICE DU FOR.

84. — Deux traits sont ordinairement attribués aux normes assurant l'application des lois de police du for : leur mise en oeuvre serait rigoureusement impérative, d'une part, exclusive, d'autre part, en ce sens qu'elle écarterait toute idée d'application d'une loi étrangère dans le domaine ainsi assigné à la loi du for. Ces deux traits ne paraissent pas propres aux règles de conflit spéciales, déterminant l'application des lois de police du for. Au surplus, aucun de ces caractères ne s'oppose à ce que leur mise en oeuvre intervienne en concours avec celle des règles de conflit générales auxquelles elles dérogent par leur contenu.

85. — *L'impérativité* n'est pas l'apanage des règles de conflit spéciales, mais doit être regardée comme étant de l'essence de toutes les règles de conflit de loi. Pareille assertion semble, certes, se heurter à la *jurisprudence Bisbal*. Il convient cependant d'observer, en premier lieu, que la Cour de cassation, dans cette fameuse décision (60), n'a dénié le caractère impératif aux règles de conflit que dans la mesure où elles servaient à déterminer la compétence des lois étrangères, semblant, *a contrario*, le réserver au cas où la règle de conflit impose la compétence de la loi du for ... Dans notre hypothèse, donc, où la règle de conflit spéciale aboutit à la désignation de la loi de police du for, son caractère impératif n'est ni plus

(59) Elles sont spéciales dans le sens que nous avons indiqué (cf. *supra*, n° 70), leurs critères de rattachement étant plus précis, plus spécifiques, et faisant figure d'exceptions vis-à-vis des rattachements classiques, notamment au rattachement des contrats lorsqu'il dépend d'une règle de conflit.

(60) Cass., 12 mai 1959, *Clunet*, 1960.810, note Sialelli ; *Revue*, 1960.62, note Batiffol ; D., 1960.610, note Malaurie.

ni moins marqué que celui des règles de conflit générales et ce d'après les termes mêmes de l'arrêt *Bisbal*.

Au surplus, la doctrine a critiqué vivement cette décision et les conséquences auxquelles elle conduit (61); peut-être sensible à ses observations, la Cour de cassation n'a jamais renouvelé les affirmations de l'arrêt *Bisbal*; bien plus, elle semble, grâce à un contrôle plus poussé des motifs, s'apprêter à exercer une surveillance stricte de la mise en œuvre, par les tribunaux, des normes conflictuelles, et ceci dans le domaine même où elle semblait, *a priori*, la moins aisée à s'imposer, le domaine des conventions (62). Ce mouvement trouverait son aboutissement si le projet de codification du droit international privé, qui affirme un tel caractère impératif des règles de conflit de lois, était de droit positif (63).

86. — *L'exclusivisme* de la règle de conflit spéciale peut être compris en un double sens. On fait très généralement allusion au résultat de sa mise en œuvre, l'application de la loi du for, en soutenant que cette application exclut celle de toute loi étrangère. Cette affirmation, très fréquente (64), ne met pas en valeur un effet exceptionnel, mais exprime une vérité bien banale : il va de soi, quelle que soit la règle de conflit mise en œuvre, et dès lors qu'elle désigne la loi du for, qu'il faut appliquer cette loi du for; aucune loi étrangère n'est admise à empiéter sur le domaine qui lui est ainsi reconnu. Il n'en va pas différemment pour les règles de conflit spéciales.

Mais leur caractère « exclusif » peut également être entendu en ce sens que la mise en œuvre même de la règle de conflit spéciale, s'imposant à l'attention de ceux qui sont chargés d'en faire usage, écarte tout recours à une règle de conflit générale. Cela est également vrai, mais découle de l'observation très simple que les lois spéciales dérogent aux lois générales, d'une part, que pour la solution d'un problème déterminé, de caractère simple et non complexe, d'autre part, la consultation d'une unique règle de conflit s'impose, excluant celle des autres qui n'apparaissent pas adaptées au rôle que l'on voudrait ainsi leur faire jouer.

87. — Ni l'impérativité, ni l'exclusivisme ainsi compris de ces règles de conflit spéciales ne font pour autant obstacle à ce qu'elles entrent, pour la solution de relations juridiques complexes, en concours avec des règles de conflit générales (65) : chaque norme sera appelée à intervenir de façon distributive.

(61) Cf. P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Conflits de lois. Principes généraux*, n° 203.

(62) Voir *infra*, n° 325.

(63) Projet, article 2287 : « les tribunaux appliquent, même d'office, les règles françaises de conflit de lois », *Revue*, 1970.842 ; *Clunet*, 1971.31.

(64) Cf. P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 216, note 1. — On en retrouve l'expression dans le projet de codification du droit international privé, nouvel article 3 du Code civil : cf. *Revue*, 1970, p. 841.

(65) Ou des règles de droit international privé matériel...

Un tel *concours* se produira normalement dans le *domaine des relations contractuelles* (66), soit en ce qui concerne la forme des actes, soit en ce qui concerne leurs conditions de fond ou leurs effets : sous l'un et l'autre aspect, les règles spéciales déterminant l'application de lois de police du for seront mises en contact avec la règle de conflit générale désignant la loi applicable à la forme ou au fond de l'acte (67).

S'agissant des conditions de fond, et surtout des *modalités d'exécution* des conventions, on parle volontiers de « police du contrat », expression générique destinée à recouvrir les diverses normes qui, sur le plan des changes, de la monnaie ou du crédit, de la réglementation du travail ou de la protection de la liberté de la concurrence ... viennent limiter l'autonomie des contractants et sont, par là-même, normalement mises en œuvre concurremment à la loi du contrat. Les lois de police exerceront donc, parallèlement à la loi du contrat, mais sur des points nécessairement distincts, une influence sur l'exécution de la convention (68), plus rarement sur la validité même de celle-ci (69).

(66) Voir, sur ce concours, A. TOUBIANA, *op. cit.*, n°s 443 et s., qui démontre qu'il est pratiquement impossible d'assigner un domaine distinct aux lois de police et à la loi du contrat, sauf lorsqu'il s'agit de matières suffisamment distinctes et autonomes par rapport au contrat dont elles supposent cependant l'existence : telles les « conséquences légales » du contrat dont l'exemple type est la réparation des accidents du travail. Le concours des rattachements est donc l'hypothèse la plus fréquente.

(67) Règle de conflit, ou règle de droit international privé matériel, selon qu'il s'agit d'une détermination objective de la loi applicable, ou d'un appel à la volonté des parties : cf. *infra*, n°s 310 et s.

(68) Ou sur la libération du débiteur : cf. A. TOUBIANA, n°s 503 et s. — Les exemples les plus récents se situent de préférence sur le terrain monétaire : voir Trib. Gr. Inst. Seine, 23 févr. 1966, *S.N.E.P. c. Robe*, *Revue*, 1967.130, note R. Dayant ; Paris, 10 juin 1967, *Association Prohuza*, *Clunet*, 1968.100, note R. Dayant ; Cass., 12 mars 1968, *Sté S.A.P.V.I.N. c. Entrep. Agro Export*, *Clunet*, 1968.719, note P. Kahn — ou en matière de crédit : voir C. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », *J.C.P.*, 1968.I.2171, et la communication de M. STOUFFLET du 19 mai 1967, « Les conflits de lois en matière de crédits bancaires », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 91 et s.

(69) Les exemples sont rares et d'interprétation difficile. Ainsi, l'incidence de la réglementation des changes, non douteuse sur l'exécution même de la convention, est sujet de controverses lorsqu'on l'apprécie par rapport à la validité de cette même convention. Voir, pour une réponse affirmative : P. MA-LAURIE, « Des clauses monétaires stipulées dans un contrat international. Jurisprudence Matter et réglementation des changes », *Clunet*, 1966, p. 571 et s., spéc. p. 578, et *contra* : J. P. ECK, Communication préc. au Comité français de Droit international privé du 4 mai 1970 (« Les problèmes actuels du droit monétaire » : compte rendu à la *Revue*, 1971, p. 149) ; voir également l'arrêt de la Cour de cassation, *Montballiu*, du 27 avr. 1964, *Revue*, 1965.346, note J. P. Eck.

On a, de même, discuté du sens à donner aux termes de l'article VIII, Section 2 b des Accords de Bretton Woods, déclarant que les contrats de change conclus en violation de la réglementation des changes d'un Etat membre du F.M.I. « ne seront pas exécutoires sur les territoires des autres Etats membres » : pour certains, dont M. DRAKIDIS (« Du caractère « non exécutoire » de certains

Lorsque de telles lois interviennent pour régler la forme des actes, l'influence qu'elles exercent sur la validité de ceux-ci n'est alors guère douteuse. La notion de police formaliste des contrats n'est pas, à vrai dire, nettement dégagée, ni sans hésitation (70), mais au fur et à mesure que s'affirme en jurisprudence la liberté de choix de la loi applicable à la forme de la convention (71), croît l'écart qui sépare celle-ci des diverses réglementations multipliant, essentiellement dans un souci de protection des parties ou des tiers, formalités et mesures de publicité. Ces prescriptions, dont il n'est pas toujours aisé de déterminer l'aire d'application (72), viendront donc limiter, *mutatis mutandis*, le domaine traditionnellement alloué à la maxime *locus regit actum* ou encore à la loi nationale commune ou du contrat préférée par les parties (73).

De tels rattachements concurrents n'absorbent pas la loi d'autonomie, ni la loi applicable à la forme, auxquelles ils n'apportent que des atteintes, importantes certes pour certains contrats, mais en nombre malgré tout relativement restreint (74); ils ne font qu'accentuer, en conséquence de l'interventionnisme croissant de l'Etat, le morcellement du contrat sur le plan du droit international (75), qui existe depuis les temps lointains où le contrat n'est plus soumis en bloc à la loi du lieu de sa création. En raison même de cette tradition, il est plus simple de voir dans ces règles de conflit spéciales des rattachements concurrents (76).

Il se produira de semblables concours de rattachements, mais moins fréquemment, en d'autres domaines que celui des contrats. M. Foyer s'est ainsi attaché à articuler, en matière de *statut personnel*, la loi relative à la puissance paternelle avec les mesures d'assistance éducative des *articles 375 et suivants* du Code civil (77).

« contrats de change » d'après les statuts du F.M.I. », *Revue*, 1970.363 et s., not. p. 376), il ne s'agit pas d'invalidité, mais d'un défaut d'exécution des obligations contractuelles. Voir, en ce sens que l'article VIII, Section 2 *b* n'affecte pas la validité des contrats et a seulement pour effet d'exclure la recevabilité des demandes qui en sont issues en justice, *B.G.H.*, 11 mars et 27 avr. 1970, *Clunet*, 1971.616, obs. C. Kohler.

Mais une autre conception, dite « libérale », voit dans ce texte une source de nullité du contrat : P. JUILLARD, « La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VII-2-b des statuts du F.M.I. », *J.C.P.*, 1971.I.2399, spéc. n° 20, et les références doctrinales.

(70) Cf. A. TOUBIANA, *op. cit.*, n°s 488 et s., et la note de B. Goldman au *Clunet*, 1960, p. 128, spéc. p. 142.

(71) Voir l'arrêt *Chaplin*, Cass. civ., 28 mai 1963, *Revue*, 1964.513, note Y. Loussouarn.

(72) Voir un exemple dans l'arrêt *Sté Camelz c. Roussel*, Cass. civ., 28 juin 1966, *Revue*, 1967.334, et la note de M. Batiffol, not. p. 339.

(73) Voir, pour les mesures de publicité d'une cession de créance : Paris, 11 févr. 1969, *Marville*, *Clunet*, 1969.918, note P. Kahn; *Revue*, 1970.459, note R. Dayant.

(74) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, n° 576, p. 224.

(75) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Id.*, n° 595, p. 246.

(76) ... et d'ailleurs plus conforme à leur nature. Cf. G. DE LA PRADELLE, note au *Clunet*, 1970, p. 935-936.

(77) Voir, de cet auteur, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Revue*, 1965, p. 39 et s., et sa note sous l'arrêt de la Cour de Paris du 28 avr. 1967, *Vve Rodriguez c. M.P.*, à la *Revue*, 1968.446.

88. — Ce qui domine, ainsi, la mise en œuvre de ces types de règles de conflit lorsqu'elles conduisent à l'application de la loi du for, est purement et simplement le fait qu'elles forment une *lex specialis* au milieu des autres règles de conflit générales, sans qu'il importe, à ce stade, qu'elles soient ou non susceptibles de recevoir une interprétation bilatérale. Aucun régime particulariste n'en résulte donc. Nos observations concernant la seconde hypothèse envisagée vont nous mener à des conclusions légèrement différentes.

B. — NON APPLICATION DE LA LOI DE POLICE DU FOR.

89. — Lorsque la règle de conflit spéciale n'entraîne pas l'application de la législation de police interne, le problème se pose de savoir si le désintérêt que l'on en peut déduire vis-à-vis de la relation considérée doit engager à faire application d'une loi étrangère ou bien si, cette application demeurant exclue ou du moins retardée, on ne doit pas tenter, par une désignation différente, de donner malgré tout compétence à la loi du for. L'hésitation se fait surtout autour de la règle de conflit que l'on devra désormais utiliser, la règle spéciale donnant compétence à la loi du for paraissant avoir épuisé ses conséquences : faudra-t-il en proroger les effets ou bien, abandonnant toute solution fondée sur la *lex specialis*, en revenir à l'application d'une règle de conflit générale ? (78).

Cette dernière solution, préconisée, on le sait, par M. Francescakis (79) n'est pas souhaitable de façon générale, car elle donne une « nouvelle chance de compétence » à la loi du for, ainsi assurée de se voir attribuer, outre un domaine nécessaire, un domaine possible (80). Elle entraîne une dissymétrie qui n'est pas, encore une fois de manière générale, justifiée, entre la condition faite à l'application de la loi du for et le sort réservé à celle de la loi étrangère. La souhaitable

(78) L'exemple pourrait être le suivant : soit un contrat comportant un accord de nature à restreindre la concurrence, conclu entre deux entreprises dont l'une, française, en soumet la validité à un tribunal français. L'effet anticoncurrentiel recherché se produisant sur un marché étranger, la législation de police française antitrust ne s'applique donc pas : doit-on, par extension de la règle de conflit française spéciale à cette législation, appliquer le droit étranger du pays dans lequel se manifestent les pratiques restrictives de concurrence ? Ou bien, constatant que la règle de conflit spéciale n'ayant pu, faute du rattachement exigé, donner compétence à la loi du for, dire qu'elle cesse de jouer tout rôle, et considérer de nouveau la règle de conflit généralement utilisée en matière contractuelle, à défaut de choix de la loi ?

(79) Voir *supra*, n° 54.

(80) C'est l'exemple, préc. n° 54, note 135, de la jurisprudence relative à l'application du statut des V.R.P., application qui paraît fondée, tantôt sur le lieu d'exécution — en France — du travail de représentation, tantôt sur la désignation de la loi française comme loi du contrat.

symétrie résultera au contraire (81) de la solution qui consiste à bilatéraliser la règle de conflit spéciale existant dans l'ordre du for.

Dans cette seconde hypothèse, donc, tout dépend du caractère bilatéral reconnu, ou susceptible de l'être, à la règle de conflit spéciale du for.

90. — 1^o La possibilité de donner une *interprétation multilatérale* à la règle de conflit spéciale légitime l'application du droit étranger sur la base de celle-ci. Le droit du for ne s'est pas, en effet, appliqué à la situation juridique litigieuse, parce que les conditions de cette application n'étaient pas réunies. On peut estimer que ses exigences légitimes sont satisfaites ou, plutôt, qu'elles ne sont pas concernées par l'espèce considérée : aucun obstacle ne s'oppose donc à ce qu'un droit étranger soit pris en considération.

91. — a) Ce droit étranger sera éventuellement, si sa structure est la même que celle de notre propre droit, composé en partie de lois de police. Une telle circonstance ne doit en rien modifier les étapes normales du raisonnement en termes de conflits de lois, puisque le temps est venu de se défaire de l'idée, encore trop souvent exprimée, que les lois de police étrangères seraient par elles-mêmes et pour cette seule raison, inacceptables dans l'ordre juridique du for. L'affirmation, qui n'est qu'une résurgence des vieilles notions de lois d'ordre public, de caractère politique ... devient insoutenable dans les conditions actuelles du monde juridique moderne, pour qui voit de telles lois se multiplier dans tous les systèmes juridiques avec une similitude remarquable de domaines et d'objectifs. On a remarqué, par ailleurs, que « dans tout système juridique, les lois d'application immédiate interviennent dans le jeu des institutions de droit privé — si bien que leurs dispositions s'intègrent à celles des lois ordinaires ... Il n'est donc pas possible de [les] exclure *a priori* du nombre des règles étrangères appliquées en vertu des dispositions de conflit ; ce serait dénaturer les législations étrangères que l'on prétendrait cependant appliquer —, ou alors, il faudrait renoncer de plus en plus fréquemment à faire fonctionner le système de conflit... » (82).

A cette applicabilité de principe ne saurait s'opposer que la classique intervention de *l'ordre public international*. En ce domaine, celle-ci redonne toute sa valeur au défaut de communauté juridique de Savigny, comme le montre le fait qu'elle cède devant les liens particuliers unissant l'Etat du for et l'Etat auteur de la règle étrangère qu'il s'agit d'appliquer.

(81) Cette symétrie est d'autant plus souhaitable que de nombreux obstacles, notamment l'exception d'ordre public, viendront en cours de route réduire les chances d'égalité de la loi étrangère en amoindissant sa vocation.

(82) G. DE LA PRADELLE, *Clunet*, 1970, p. 935, qui condamne « l'exclusive lancée contre certaines catégories de lois de police ». Voir, également, pour cette critique, A. TOUBIANA, *op. cit.*, n^{os} 273 et s.

92. — Un exemple en a été fourni dans la célèbre affaire de la *Royal Dutch*, soulevée par l'application des arrêtés royaux néerlandais de rétablissement des relations de droit à des porteurs étrangers de titres de sociétés néerlandaises. Contrairement à la Cour d'appel de Paris (83), la Cour de cassation a rejeté l'idée de contrariété à l'ordre public, puisque l'arrêté royal considéré « pris en conformité des principes affirmés par la Déclaration de Londres du 5 janvier 1943 et les Accords de Bretton Woods de juillet 1944, auxquels la France a été partie, n'a pas eu pour objet d'instituer une véritable nationalisation ou une expropriation sans indemnité compensatrice, mais de remédier, par des mesures qui n'avaient nullement ce caractère, aux effets de spoliations commises aux Pays-Bas par la puissance occupante... » (84). Le rattachement de ces mesures « à l'idée d'action concertée ou de coopération entre les Pays-Bas qui les ont édictées et la France où l'effet en est contesté » est l'élément déterminant qui, ainsi que M. Francescakis l'a justement fait remarquer, les a fait échapper à la censure fondée sur l'ordre public international français (85).

93. — Il devrait en être de même des législations monétaires. Bien que leurs dispositions ne diffèrent pas, à l'étranger, substantiellement, de celles de notre propre loi, et sauf dans les cas où il apparaît qu'elles ont été manifestement détournées de leur but et appliquées dans un esprit discriminatoire ou de façon à opérer une véritable spoliation (86), la tendance à la prise en considération des lois monétaires étrangères a été fréquemment paralysée par l'exception d'ordre public (87).

Cependant, depuis 1944, les Accords de Bretton Woods, créant le Fonds monétaire international dont l'article VIII, Section 2b des Statuts prévoit que « les contrats de change qui mettent en cause la monnaie d'un Etat-membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que cet Etat membre maintient ou impose

(83) 21 déc. 1962, *Revue*, 1966.238, note P. Francescakis ; *Gaz. Pal.*, 1963.1.79, concl. Desangles ; *J.C.P.*, 1963.II.13447, note H. Mazeaud ; *Clunet*, 1963.424, note Bredin ; *Rev. trim. dr. com.*, 1963.956, note Y. Loussouarn.

(84) Cass., 25 janv. 1966, *Revue*, 1966.238, note P. Francescakis ; *Clunet*, 1966.631, note Bredin ; D., 1966.390, note Y. Loussouarn.

(85) Note préc., *Revue*, 1966, p. 262, d'où ce passage est extrait.

(86) Cf. l'arrêt préc., n° 31, note 66, du *Hoge Raad*, 17 avr. 1964.

(87) Cf. J. P. Eck, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, mise à jour 1972, V° *Change*, nos 157 et s. — Voir cependant Trib. gr. inst. Seine, 9 févr. 1965, qui, dans une affaire *Setbon c. Lellouche*, fait application de la réglementation des changes tunisienne, l'obligation étant née et s'étant éteinte en Tunisie (*Revue*, 1966.282, note approbative J. P. Eck). Dans deux autres espèces, la réglementation étrangère invoquée n'avait, semble-t-il, aucun titre à s'appliquer, s'agissant de l'exécution, en France, de contrats conclus conformément à la législation française et portant, l'un sur le bail de fonds de commerce situés en Algérie (*S.N.E.P. c. Robe*, Trib. gr. inst. Seine, 23 févr. 1966, *Revue*, 1967.130, note R. Dayant), l'autre sur le bail d'un immeuble sis également en Algérie (*Assoc. Prohuza*, Paris, 10 juin 1967, *Clunet*, 1968.100, obs. R. Dayant).

en conformité du présent accord seront inefficaces dans le territoire de tout autre Etat membre», devraient, engageant les Etats membres du Fonds Monétaire international au mutuel respect de leurs législations monétaires, avoir modifié les données du problème et substitué aux manifestations nationales de l'exception d'ordre public une exigence positive d'un ordre public réellement international (88).

La jurisprudence est cependant décevante. A l'étranger, si certaines décisions ont fait application de ce texte, il est notable qu'il s'agit de décisions de juridictions inférieures. « En revanche, les Cours suprêmes se sont montrées, en général, plutôt réservées », soit ne faisant aucun cas de l'article VIII Section 2b des Statuts du Fonds monétaire international, soit en en restreignant la portée qui, au reste, a reçu des interprétations largement divergentes (89).

94. — La France a elle-même ratifié les Accords de Bretton Woods (90) qui s'imposent ainsi aux tribunaux français. Pourtant, pendant près de vingt ans — en réalité jusqu'en 1961 —, ces derniers ont, à la différence de certains des tribunaux étrangers, tota-

(88) En ce sens, cf. J. P. ECK, Communication préc. du 4 mai 1970 au Comité français de Droit international privé, compte rendu *Revue*, 1971, p. 150, et également *Revue*, 1968, p. 668. — On a pu même estimer que les Accords de Bretton Woods avaient en partie supprimé les problèmes de conflits de lois en imposant la reconnaissance de la réglementation de change de chaque Etat membre aux autres Etats membres, sans que cette réglementation coïncide avec la *lex causae*, compétente pour régir le contrat en vertu de la règle de conflit du for (DELAUME, « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les Statuts du F.M.I. et ses limites », *Clunet*, 1954, p. 332 et s., spéc. p. 336 et 346). Il y aurait donc là une solution de droit matériel apportée par une convention internationale, laissant cependant subsister « sous-jacents en quelque sorte aux solutions remarquables mais néanmoins limitées données par l'article VIII, Section 2 b » certains conflits de lois (*ibid.*, p. 360). Cette construction devient contestable si l'on estime que la matière échappe précisément au domaine de la *lex contractus*. Dès lors, les Accords laissent subsister l'utilité de la règle de conflit du for (à laquelle ils ne substituent nulle concurrente), puisqu'elle sert à déterminer quelle réglementation de change le contrat devait respecter. Le principal apport de la disposition se situe donc bien sur le terrain de l'ordre public.

(89) Voir, pour l'analyse de ces décisions des Cours suprêmes étrangères, P. DRAKIDIS, « Du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change » d'après les statuts du F.M.I. », *Revue*, 1970, p. 387 et s., et, pour la jurisprudence néerlandaise, A. V. M. STRUYCKEN, *Revue*, 1967, p. 530. Voir, pour une application effective, *Court of Appeals of New York*, 9 janv. 1953 (*Mary Perutz v. Bohemian Discount Bank in liquidation*), qui applique la loi de change tchécoslovaque, et considère que, les Etats-Unis et la Tchécoslovaquie étant membres du F.M.I., la réglementation considérée n'était pas contraire à l'ordre public de l'Etat de New York (110 N.E. 2nd 6, 304, N. Y. 533 (1953) ; *Clunet*, 1953.796, note Gold et Delaume). Cpr. avec l'arrêt de l'*Oberlandesgericht Frankfurt*, 27 févr. 1969 (*Clunet*, 1971.615, obs. C. Kohler) appliquant l'article VIII-2-b des statuts, mais considérant que les conventions qui, lors de leur confection, contrevenaient au contrôle des changes, sont devenues valides du fait de la suppression postérieure de ce contrôle (raisonnement « artificiel » selon l'annotateur).

(90) L. du 26 déc. 1945 et du 24 févr. 1947.

lement « ignoré » l'article VIII section 2 b de ces Statuts (91). 1961..., date de l'arrêt *Moojen* de la Cour d'appel de Paris qui, se fondant expressément sur les Accords de Bretton Woods, accorde l'exequatur à une décision néerlandaise qui avait annulé une cession de parts d'une S.A.R.L. française entre un Allemand et un Hollandais en vertu des dispositions néerlandaises relatives aux changes, en refusant d'y voir une contrariété à l'ordre public international français (92). Le pourvoi dirigé contre cet arrêt ne donna pas à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer, car elle le rejeta pour d'autres motifs que ceux tirés de l'application des Statuts du Fonds monétaire international (93).

Cette même Cour de Paris a, le 14 mai 1970, estimé, à propos d'un contrat conclu entre une société japonaise de distribution de films et un Français, prévoyant le paiement en monnaie japonaise, que « se fondant à la fois sur l'article VIII Section 2 b des Statuts du « Fonds monétaire international et sur la réglementation des changes japonaise, [elle] peut seulement constater que ce contrat, n'étant pas assorti de l'autorisation requise de la Banque du Japon, n'est pas exécutoire en France, pas plus qu'il ne l'est au Japon » (94).

Ses décisions demeurent cependant à peu près isolées (95) et, jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas fait d'application décisive du texte de l'article VIII Section 2 b. L'arrêt *Basso c. Janda* du 16 octobre 1967 (96), s'il présente « l'intérêt considérable d'être le premier arrêt de la Cour de cassation... qui se réfère explicitement aux Accords de Bretton Woods et plus précisément à l'article VIII des Statuts du Fonds monétaire international » (97) n'est guère probant, car il a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour

(91) Voir, en ce sens, J. P. ECK, note à la *Revue*, 1968, p. 668.

(92) Paris, 20 juin 1961, *Revue*, 1962.67, note Loussouarn ; *Clunet*, 1962.718, note Gold et Lachman.

(93) Cass. civ., 4 mai 1965, *Bull.*, 1965.I, n° 412. — Cf. J. P. ECK, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, mise à jour 1972, V° *Change*, n° 172 et P. DRAKIDIS, *op. cit.*, *Revue*, 1970, p. 395.

(94) *Sté Daiei Motion Picture c. Zavictia, J.C.P.*, 1971.II.16751, et l'appréciation critique de P. JUILLARD, *préc.*, *J.C.P.*, 1971.I.2399.

(95) Il y a quelques autres décisions. Voir, par exemple, celle de la Cour d'Aix-en-Provence : « Attendu que si la réglementation des changes édictée « par un pays étranger est en principe inapplicable [!] en France, il en est différemment lorsqu'il existe des accords internationaux ; qu'en l'espèce la France « en 1945 et l'Algérie en 1963 ont adhéré à l'Organisation du F.M.I. ; Attendu « par suite que la réglementation des changes algérienne s'impose dans les rapports « juridiques concernant les paiements et transferts d'Algérie en France », dans l'affaire *Constant/Lanata*, le 15 décembre 1966 : *Revue*, 1970.464. Voir au texte pour l'arrêt subséquent de la Cour de cassation dans cette affaire. Mais cpr. avec l'application aberrante que fait du texte le Tribunal de grande instance de Paris, le 12 novembre 1969, qui dénie la compétence des tribunaux français, cependant fondée sur l'article 15 du Code civil, au motif que la saisine du tribunal français est frauduleuse vis-à-vis de la législation algérienne des changes ! (*Clunet*, 1971.816, note critique de M. P. Malaurie).

(96) *Revue*, 1968.661, note J. P. ECK ; D., 1968.445, note Mezger.

(97) Note *préc.*, de J. P. ECK, *Revue*, 1968, p. 667.

d'appel d'Aix qui avait déclaré que les effets de la réglementation tchécoslovaque des changes ne pouvaient être reconnus en France, la Tchécoslovaquie « n'ayant pas adhéré » aux Accords de Bretton Woods (98).

Quant à la récente décision *Constant c. Lanala*, la Cour de cassation s'y est bornée à relever que la Cour d'appel (99), ayant admis — sur la base de la réglementation algérienne des changes — l'illicéité de la convention passée entre deux Français, ne pouvait pas ne pas tirer les conséquences de cette illicéité et rejeter ainsi la demande en restitution de l'une des parties : elle a donc, de ce chef, accueilli le pourvoi et cassé l'arrêt de la Cour d'appel (100). On a pu en souligner l'incertitude, particulièrement sur le point de savoir si la Cour de cassation avait, du moins implicitement, fait sienne la position incriminée par le pourvoi (101).

La difficulté d'interpréter les termes des statuts du Fonds monétaire international (102), les controverses qu'ils soulèvent en doctrine ainsi que le caractère insuffisant de l'interprétation officielle (103) dont ils ont fait l'objet semblent motiver ce « malaise des Cours suprêmes » auquel est en proie notre Cour de cassation (104). Les difficultés propres à la matière ne sont cependant pas de nature à entamer le principe qui devra nécessairement s'imposer de l'applicabilité des lois de police étrangères, sous réserve de l'atteinte que leur application porterait à notre conception de l'ordre public.

95. — On a cru pouvoir ajouter que l'applicabilité de principe des lois de police étrangères se heurterait à un autre obstacle que celui de l'exception d'ordre public, obstacle issu du « *domaine manifestement territorial de la loi désignée par la règle de conflit* ». Loin de vouloir signifier l'inapplicabilité de certaines lois en raison de leur « territorialité », l'expression signifierait que l'on ne pourra appliquer la loi de police étrangère que dans la mesure où cette loi vise la situation que l'on veut lui faire régir (105). Cette nouvelle

(98) La Tchécoslovaquie n'a été exclue du F.M.I. qu'en 1955, alors que le contrat avait été conclu en 1948 : la question ne se posait donc pas en des termes aussi simples que le laisse supposer la lecture de l'arrêt. Voir DRAKIDIS, *Revue*, 1970, p. 396 : les problèmes d'interprétation et du domaine d'application de cette disposition des Statuts n'ont même pas été abordés.

(99) Aix-en-Provence, 15 déc. 1966, préc.

(100) Cass., 18 juin 1969, *Revue*, 1970.467, note P. Drakidis ; *J.C.P.*, 1969.II.16131, note P. L.

(101) Notes préc.

(102) Cf. DELAUME, « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les Statuts du F.M.I. et ses limites », *Clunet*, 1954.332 et s., spéc. p. 338 ; GOLD et DELAUME, note au *Clunet*, 1953.796, spéc. p. 804 ; GOLD et LACHMAN, « Les statuts du F.M.I. et les réglementations de change des Etats membres », *Clunet*, 1962.666.

(103) Donnée le 14 juin 1949 par les administrateurs du F.M.I., *Revue*, 1951.586.

(104) Cf. P. DRAKIDIS, *op. cit.*, *Revue*, 1970, p. 397.

(105) A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 330, qui donne cet exemple d'un contrat entre un Allemand et un Italien, par eux soumis à la loi anglaise : « apprécier

réserve ne sous-entend rien d'autre, en réalité, que la nécessité de prendre en considération le domaine d'application que s'assigne elle-même la loi de police étrangère, et nous l'envisagerons sous cet aspect. Cette nécessité existe-t-elle ?

96. — *b)* Le respect du champ d'application que s'attribue lui-même le droit étranger découle nécessairement — on le sait — de la doctrine unilatéraliste qui en fait, au-delà du cercle des lois de police, une nécessité générale d'observer « la volonté d'application » des lois étrangères de quelque nature qu'elles soient (106). Une semblable thèse n'est pas admise en droit positif, ce dont on ne saurait s'étonner puisqu'elle est incapable de fournir une solution au cas de cumul des lois se « voulant » applicables au même rapport juridique.

Ce raisonnement, dans le domaine qui nous intéresse de l'application des lois, éventuellement de police, étrangères, a donc été, à juste titre, critiqué (107). Il connaît cependant des résurgences chez certains auteurs. Ainsi, M. Goldman, à propos des lois relatives à la concurrence, se fait un adepte du plus pur unilatéralisme en posant que le juge doit appliquer « la loi qui revendique elle-même compétence » (108), solution que cet auteur justifie concrètement en écartant les objections de principe qui paraîtraient s'y opposer.

La justification part de l'exemple d'une entente, conclue à Londres, entre entreprises française, allemande et américaine, relative au marché allemand. Le contrat étant soumis à la loi anglaise, il s'ensuivrait une alternative entre deux issues : ou bien le contrat, dans l'appréciation de ses effets anti-concurrentiels, serait jugé d'après la loi anglaise, à l'encontre des propres dispositions de celle-ci — solution absurde —, ou bien réputé valable, la loi anglaise ne le prohibant pas — solution choquante. Il faut donc appliquer la loi allemande qui revendique sa compétence.

L'objection de principe essentielle à laquelle M. Goldman fait allusion est, bien entendu, la multiplicité des lois concurremment désireuses de s'appliquer à une même entente. M. Goldman l'écarte en admettant l'application distributive des lois en présence, tout en reconnaissant que cette solution n'est pas toujours possible et doit être écartée, en cas de besoin, au profit de la loi du for, dans la mesure du moins où celle-ci se trouve en quelque façon intéressée.

97. — Nous ne saurions souscrire à cette affirmation car il est parfaitement possible d'atteindre les résultats souhaitables — ou

la validité de ce contrat par rapport à la législation de changes anglaise n'aurait aucun sens, si celle-ci ne visait pas les opérations entraînées par le contrat »

(106) Voir *supra*, n° 56.

(107) Voir, pour le droit du travail, une telle critique par F. GAMILLSCHEG, *op. cit.*, *Revue*, 1961, p. 682.

(108) « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence » *Recueil*, n° 128, 1969.III, p. 722.

d'éviter les conséquences absurdes ou choquantes — par d'autres voies. La solution découlera, pour nous, logiquement, du fait que la règle déterminant l'application dans l'espace des lois relatives à la concurrence est une règle de conflit spéciale, *lex specialis*, appelée à jouer en concours avec la loi contractuelle, *lex generalis*. On est de cette façon assuré qu'il n'appartiendra pas à la volonté des parties de retirer de tels effets du contrat à la loi qui doit normalement les régir, puisqu'ils sont soustraits au domaine de la loi contractuelle (109) et soumis, au contraire, à la loi applicable au lieu où ils exercent leur influence éventuellement néfaste.

Cette influence pouvant s'exercer sur plusieurs marchés, nous admettrons également et nécessairement une pluralité des lois applicables, en soulignant qu'elles le seront en vertu d'un unique critère, celui retenu par la loi du for. Ce cumul de lois applicables, dont on trouverait difficilement d'autres exemples en dehors du domaine du droit de la concurrence, paraît à la fois inévitable et difficile, lorsque les lois en présence se révèlent incompatibles et les clauses incriminées indivisibles. C'est une de ces situations que présente le droit international, auxquelles seule la convention internationale peut porter remède (110). Notre conception a, du moins, l'avantage insigne de ne pas en permettre la généralisation.

Ainsi, sans donner la moindre prise à une conception unilatéraliste de l'application des lois étrangères, on peut parvenir aux mêmes résultats et ce en ne déroulant que les conséquences logiques de la reconnaissance de l'existence, dans le droit du for, d'une règle de conflit.

98. — Toute considération du domaine d'application de la loi étrangère est-elle pour autant écartée ? On a relevé que « si le critère utilisé [par la loi du for] donne compétence à une législation qui, en définitive, ne vise pas la situation, l'interprète serait en droit de ne pas l'appliquer » (111). Si l'affirmation paraît logique, elle n'est pas justifiée dans son fondement : sur quelle base l'interprète serait-il en droit de ne pas appliquer la norme étrangère (112) ? Lorsqu'il apparaît que c'est sur la base de la seule considération de la règle d'application du droit étranger, on est ramené inéluctablement à un *problème de renvoi*.

Le renvoi est-il possible ? Une réponse positive s'impose par la simple combinaison des principes traditionnels au renvoi et de ce qui a été développé jusqu'à présent sur les lois de police qui ne sont

(109) M. Goldman, à propos de la loi applicable à la responsabilité délictuelle civile découlant des pratiques restrictives de concurrence, ne dit-il pas lui-même que « le juge doit appliquer sa propre loi ... sans que les difficultés pouvant théoriquement résulter, en matière de contrat, de la loi d'autonomie soient même concevables » ? (*op. cit.*, p. 725). Il en va de même ici.

(110) Cf., en ce sens, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 725.

(111) A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 435.

(112) Et, d'ailleurs, quelle norme appliquerait-il ?

en fait que des règles de conflit le plus souvent susceptibles de bilatéralisation. Nous allons le vérifier en envisageant deux hypothèses possibles.

Dans la première, à partir de la règle de conflit du for, règle spéciale, compétence a été offerte au droit étranger et celui-ci, ne se composant pas de lois de police, est en quelque sorte le droit commun étranger : le renvoi classique joue, et il sera tenu compte de la règle de conflit du droit commun étranger soit pour appliquer finalement le droit du for (renvoi au premier degré), soit pour appliquer un droit étranger différent du premier (renvoi au second degré).

On peut aussi supposer, c'est là qu'est la véritable difficulté, que la règle de conflit du for, règle spéciale, désigne une loi étrangère qui est elle-même une loi de police affectée d'une règle de conflit spéciale en vertu de laquelle cette loi n'est pas applicable : la différence des critères retenus dans l'une et l'autre norme de conflit spéciale exprime cette situation.

Pour un auteur comme M. Francescakis, il ne saurait en ce cas y avoir lieu à renvoi (113), puisque la loi de police étrangère, se bornant à délimiter le domaine de la loi du for, ne fournirait aucun critère susceptible de désigner une autre loi. Il n'y aurait pas deux règles de conflit, dont celle du for, successivement mises en jeu : le renvoi serait donc exclu (114).

Ce raisonnement et sa conclusion sont à écarter dès lors que l'on considère que la loi de police étrangère est, à l'instar de la loi de police du for, mise en jeu par une règle de conflit spéciale. L'existence d'une telle règle de conflit spéciale dans le système étranger désigné par la norme du for permettra donc le jeu du renvoi — donc la prise en considération du domaine d'application de la norme étrangère et, finalement, la réalisation d'une coordination des systèmes juridiques nationaux dans l'harmonie des solutions — si elle est bilatéralisée, ou susceptible de l'être par voie d'interprétation. Au cas contraire, si le système étranger désigné contient de ces normes, comme nous en connaissons, qui sont d'application strictement unilatérale, il y aura lieu « de se référer à la règle générale de conflit étrangère dont la règle précédente n'est qu'une exception et le problème du renvoi se retrouvera alors placé dans son cadre habituel » (115). On accumulera ainsi — et cela paraît la seule voie qui le permette — les chances que le juge du for applique les mêmes normes que celles qu'aurait appliquées, s'il avait été saisi de l'affaire, le juge de l'Etat dont le système juridique a été primitivement désigné.

(113) Pas plus qu'il ne saurait y en avoir entre règle de conflit et règle de droit international privé matériel.

(114) Cf. *Le renvoi...*, préc., p. 73.

(115) MAURY et DERRUPPÉ, *J.-Cl. Dr. Int.*, V° *Conflits de lois*, Fasc. 532-B, n° 135.

99. — 2° Dans les hypothèses où l'empire de la loi de police du for se trouve déterminé par une règle de conflit réfractaire à toute bilatéralisation, l'existence d'une telle *règle d'application unilatérale* conduit à une solution bien différente d'où le souci de symétrie est forcément exclu.

La norme juridique du for s'étant récusée mais ne permettant pas de désigner le droit étranger applicable en ses lieu et place, la seule issue qui se présente est le recours aux *règles de conflit générales* du for (116).

Ainsi, en matière de transports maritimes, à défaut de compétence de la loi française, les ports d'embarquement et de destination n'étant pas situés en France, à défaut également d'application de la Convention de Bruxelles, on en reviendrait à la compétence de la loi du lieu de conclusion du contrat (117).

Nous savons qu'une telle solution présente des inconvénients, et nous l'avons, pour cela, écartée comme solution de principe (118). Elle peut en effet présenter le grave défaut de redonner une virtualité de compétence à cette même loi du for dont la règle d'application avait exclu la possibilité et d'étendre, ainsi, hors des limites qui lui avaient été assignées, en vertu d'une règle de conflit générale par hypothèse inadaptée, le domaine de cette norme. Elle postule, par ailleurs, une très nette dissymétrie des cas d'application de la loi du for par rapport aux lois étrangères.

Il convient toutefois de faire remarquer qu'une telle extension de la loi du for ne peut se produire qu'en matière contractuelle, lorsque la règle de conflit générale — ou règle de droit international privé matériel — qui offre cette nouvelle compétence à la loi du for est la loi du contrat (119).

D'autre part, et c'est une seconde remarque, il est rigoureusement impossible de donner une nouvelle compétence, sur la base d'une règle de conflit générale, à une loi d'application unilatérale fondée

(116) En l'absence, dans le système juridique du for, d'une loi de police, ce sont ces mêmes règles de conflit générales qui donneront, le cas échéant, compétence aux lois de police étrangères dont se composerait le système juridique par elles désigné : le problème ainsi soulevé par certains unilatéralistes — cf. P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 234 — n'existe pas, comme on le voit, pour nous ; il n'y a pas un problème particulier de l'application des lois de police étrangère.

(117) Cf. M. SIMON-DEPITRE et Claire LEGENDRE, « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritime et le droit international privé », *Clunet*, 1967, p. 598 et s., spéc. p. 605.

(118) Cf. *supra*, n° 89.

(119) M. Gothot la croit également possible en matière de statut personnel, mais ses deux exemples ne sont pas probants, les mesures d'assistance éducative n'étant pas, pour nous, des normes d'application unilatérale d'une part, les solutions reçues par la jurisprudence en matière de filiation adultérine nous paraissant totalement exclues de la question des lois de police car il n'y a là qu'une manifestation mal exprimée de l'ordre public, d'autre part. L'auteur reconnaît d'ailleurs que « les applications les plus fréquentes de cette extension se rencontrent évidemment en matière contractuelle » : *Revue*, 1971, p. 220, note 1, et p. 221.

sur une idée de *privilège de nationalité* ou de *protection des nationaux* (120) hors du domaine qu'elle s'assigne. En ce cas, le jeu de la règle de conflit générale aboutira donc bien à élargir la vocation du système juridique du for envisagé dans son ensemble — d'où une dissymétrie —, mais ne réalisera pas une extension de cette règle exceptionnelle, inapplicable à l'espèce. Le fait que l'on rencontre de telles lois essentiellement dans le domaine du statut personnel confirme l'idée que les conséquences désavantageuses d'un appel à la règle de conflit générale ne se produiront pleinement que sous une double condition : que la règle de conflit spéciale évincée soit une règle d'application unilatérale en vertu du seul caractère alternatif de son facteur de rattachement, d'une part, que la règle de conflit générale à laquelle il est fait appel soit la loi du contrat d'autre part.

Enfin, ceci n'est qu'une solution extrême que l'on doit réserver aux hypothèses où toute autre voie est exclue, et elle ne représente, somme toute, qu'un retour au droit commun, considération qui engage à ne point la regarder avec trop de sévérité.

100. — Approchant ainsi du terme de cette étude, on s'aperçoit que le particularisme dont l'on a si volontiers paré les « lois de police » se réduit à bien peu de choses, ce qui est de nature à mettre en doute le bien-fondé des constructions théoriques dont elles seraient l'objet. Il apparaît au contraire que les lois de police sont, comme toute norme juridique, affectées d'un domaine d'application dans l'espace qui se détermine grâce à la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois. Si certaines de ces règles sont encore empreintes d'une certaine spécificité et connaissent des difficultés à s'imposer, il ne faut y voir que l'expression temporaire des difficultés de rattachement ou d'application de certaines législations relativement récentes dans leur esprit comme dans leur objet.

Tout nous pousse à croire qu'il est de bonne méthode de résorber les prétendues lois de police au sein de la théorie générale des conflits de lois et de se rattacher fermement aux principes traditionnels de leur mise en œuvre, sauf à constater l'existence de certaines exceptions — les règles que nous avons décrites comme étant d'application unilatérale — en nombre véritablement très réduit et dont il convient de ne pas généraliser la formule, car elle est « *un obstacle à l'harmonie juridique internationale* » (121).

Mme H. Gaudemet-Tallon a formulé une critique analogue à l'endroit de ces lois, écrivant que leur « disparition est souhaitable car l'existence de ces lois dites « de police et de sûreté » apparaît comme un *élément discordant* dans un *système rationnel de conflit*

(120) Voir *supra*, n° 80. — On peut, ici, reprendre l'exemple signalé du droit allemand qui étend, contre sa loi nationale, la capacité de l'étranger à l'occasion des actes qu'il passe en Allemagne.

(121) F. RIGAUX, *Précis*, n° 86, p. 123-124 : « ce procédé de réglementation ne saurait être adopté de manière systématique par les Etats... ».

de lois, un peu comme apparaissaient autrefois les « lois d'ordre public » dont on a fini par reconnaître l'inexistence » (122).

Tout en admettant, donc, l'existence, en nombre et de portée réduite, de quelques exceptions — et l'on ne nous accusera pas, ainsi, de pécher par esprit de système — nous estimons qu'il *n'existe pas*, à côté des règles de conflit de lois, dans un système de droit international privé, de catégorie particulière de lois de police, immédiatement applicables.

Il nous reste à voir qu'une telle conception des composantes d'un système de droit international privé peut et doit s'accompagner d'un rejet de la distinction traditionnelle entre matières du droit privé et matières du droit public, distinction qui n'a jamais servi, en ce domaine, qu'à limiter indûment le champ d'influence auquel peuvent légitimement prétendre les normes de conflit de lois.

SECTION II

REJET DE LA DISTINCTION DU DROIT PRIVÉ ET DU DROIT PUBLIC

101. — La doctrine a, en France, marqué une singulière prédilection pour le critère qui — emprunté à ce qui fait figure de *summa divisio* de notre droit interne — entraîne à distinguer entre les matières du droit privé et celles du droit public.

La thèse peut être regardée comme « classique » et se trouve particulièrement exprimée chez M. Batiffol lorsque, titrant : « Le conflit des lois, notion propre aux lois de droit privé », il affirme que « c'est seulement en *droit privé* que des règles de conflit prévoient l'application des lois étrangères. Les *lois pénales* ou de *droit public* ont à se préoccuper de leur champ d'application dans l'espace, mais ce problème, quoique voisin, est nettement distinct » (123).

S'efforçant de justifier la valeur de cette distinction, M. Batiffol trouve appui dans la jurisprudence internationale représentée, en l'espèce, par l'*arrêt Boll* de la Cour de justice internationale (124). Dans cette affaire, la Cour a estimé que la Suède n'avait pas manqué aux obligations qu'elle tenait de la Convention de La Haye de 1902, relative à la tutelle des mineurs, en faisant application, à une mineure de nationalité néerlandaise domiciliée sur le sol suédois, de ses lois concernant l'éducation protectrice, et ce à l'encontre de la loi néer-

(122) Note à la *Revue*, 1971, p. 75.

(123) Cette affirmation, reproduite des éditions antérieures, se retrouve dans la 5^e éd. du *Traité*, en collaboration avec M. LAGARDE, de 1970, t. I, p. 300, n° 245.

(124) C.I.J., 28 nov. 1958, *Revue*, 1958.713.

landaise dont le Gouvernement des Pays-Bas réclamait l'application en vue de l'organisation de la tutelle.

L'intérêt essentiel de cet arrêt résiderait, selon M. Batiffol, dans la constatation que la protection des mineurs, du droit privé, est passée dans le domaine du droit public, et la déduction qui en est tirée, à savoir l'inapplicabilité de la Convention de La Haye de 1902, dont l'objet était de régler les conflits de lois en la matière. M. Batiffol considérant par ailleurs la distinction opérée par la Cour entre « lois de protection individuelle » et « lois de protection sociale », trouve là un prolongement inattendu de la célèbre doctrine de Pillet (125).

Aussi la méthode paraît-elle aujourd'hui traditionnelle, qui consiste à circonscrire *in limine* le domaine de la règle de conflit par référence à la distinction du droit public et du droit privé. Cette distinction ne présente pas un simple intérêt d'exposition, ou pédagogique (126), mais semble également former la matière même qui alimente de nombreux débats (127), quand elle n'est pas regardée comme une donnée de base scientifique comparable à un indiscutable postulat (128).

102. — S'il nous paraît utile de reprendre ici ces débats, c'est évidemment parce que l'on prétend ceindre de cette artificielle barrière le domaine des conflits de lois — il nous importe donc de la rompre —, mais aussi, et surtout, parce qu'un auteur comme M. Francescakis, trompant les espoirs qu'il avait soulevés par sa critique, la reprend en fait à son compte (129), notamment lorsqu'il définit « le droit international privé au sens le plus étroit du terme, celui de *relations privées* internationales réglées au moyen de règles de conflit de lois » (130). Dans la logique de la thèse des règles d'application immédiate (ou lois de police au sens de M. Francescakis), le conflit de lois devient donc une notion propre — et limitée — au droit privé.

Si l'on résume en termes de syllogisme les diverses idées émises, la position de M. Francescakis s'analyse ainsi par rapport à la doctrine qui lui est aussitôt antérieure : dans la conception de cette

(125) H. BATIFFOL, « Le domaine du règlement des conflits de lois », *Cours de P.I.H.E.I.* 1962-63, p. 107 et s.

(126) Elle est reproduite dans de nombreux ouvrages à vocation pédagogique, ainsi, par exemple, dans le *Précis de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE*, 9^e éd. par Y. LOUSSOUARN, 1970, p. 23, n^{os} 27 et s.

(127) Cf. C. FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1965, p. 103 et s. ; K. ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965, 645.

(128) Ainsi pour M. WIBAULT, « Le droit de la Sécurité sociale et la notion de conflits de lois », *Droit social*, 1965, 318.

(129) Voir notamment sa communication du 19 janvier 1968 : « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 149 et s. (et particulièrement sa critique de la distinction, p. 160).

(130) *Op. cit.*, p. 163. — Voir aussi P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 6.

doctrine « classique », la règle de conflit ne joue que dans les matières de droit privé (majeure) mais, par ailleurs, il y a coïncidence entre règle de conflit et droit international privé (mineure) ; il s'ensuit (conclusion) que le droit international privé voit son domaine circonscrit aux limites du droit privé. Pour M. Francescakis, la majeure — la règle de conflit, notion propre au droit privé — demeure inchangée ; mais la seconde proposition est essentiellement différente, la règle de conflit n'étant pas l'unique méthode du droit international privé (131). En conclusion, le droit international privé se voit reconnaître un champ d'action qui dépasse la notion de matière du droit privé. L'intérêt essentiel, l'objectif poursuivi, est d'admettre, à côté du droit international privé *stricto sensu*, confiné au droit privé dans lequel se meuvent quelques règles de conflit de lois, l'existence d'un droit international privé *lato sensu*, « le droit de toutes les relations internationales affectées par la diversité des droits internes ».

Nos précédents développements nous amènent naturellement à adopter un raisonnement différent permettant cependant de conserver intacte la conclusion de M. Francescakis, soit la vocation générale du droit international privé : seules les majeure et mineure se modifient en effet, la règle de conflit ne nous paraissant pas un procédé limité aux relations du droit privé (première proposition), alors qu'elle constitue le procédé par excellence du droit international privé (seconde proposition) (132) ; il s'ensuit bien que le droit international privé ne peut être restreint à la solution des problèmes du droit privé.

103. — Mais, quelles que soient les conséquences qui en ont été dégagées, c'est la thèse classique qu'il nous faut à présent examiner, thèse selon laquelle, expose M. Batiffol, « le jeu des conflits de lois ne concerne que le droit privé, en ce sens que c'est seulement en droit privé qu'un juge est amené à appliquer une loi étrangère. En droit public ou pénal, au contraire, un juge n'applique jamais que sa propre loi, il n'applique jamais une loi étrangère » (133). Cette double affirmation, liant le postulat de l'inapplicabilité des lois étrangères de droit public à l'exclusion des règles de conflit en ce domaine, nous paraît faire appel à une distinction dont nous allons tenter de démontrer qu'elle est, pour notre discipline, inutilisable (§ 1) et artificielle (§ 2).

(131) Qui connaît notamment celle des lois de police d'application immédiate.

(132) Sauf ce qui sera dit des règles de droit international privé matérielles, mais leur intrusion au côté des règles de conflit n'est pas de nature à modifier le raisonnement, car elles sont bien étrangères aux préoccupations qui nous retiennent ici.

(133) *Cours de l'I.H.E.I.*, préc., p. 86.

§ 1. — Distinction inutilisable

104. — La différence établie entre droit public et droit privé peut prétendre à des lettres de noblesse, puisqu'on a pu lui trouver des origines à Rome, des applications au Moyen-Age, une consécration de Montesquieu (134). Mais le droit interne, auquel le droit international privé prétend l'emprunter pour se délimiter lui-même, paraît incapable d'en fournir le critère.

105. — On connaît, à cet égard, les débats auxquels ont notamment pris part les « publicistes » parce qu'ils avaient à définir l'objet de leur discipline face au droit civil envisagé comme droit commun. Mais l'attention des auteurs a été tôt portée sur les problèmes de frontières, d'interpénétration ou d'influence réciproque des deux disciplines — ainsi qu'en témoignent les nombreuses, mais déjà anciennes études (135) —, au détriment de l'effort d'affinement d'un indispensable critère de distinction.

Au même moment, la distinction était niée, ou du moins fortement contestée, non seulement par Kelsen (136), en fonction de son système normativiste, et plus particulièrement de sa conception d'un ordonnancement juridique, mais également par Léon Duguit (137).

Elle n'en a pas moins survécu à ces attaques, au point de connaître parfois, au-delà d'une utilisation didactique, une inattendue consécration de la juridiction administrative qui tend, de façon quelque peu tautologique, à définir ses chefs de compétence par rapport à la nature de « droit public » ou de « droit privé » des « rapports » qui lui sont soumis, de préférence au critère du service public « devenu tellement vague qu'il a perdu toute efficacité » (138). Charybde ou Scylla ?

Si la distinction fut relativement nette pendant une période que l'on situe approximativement au XIX^e siècle, il est certain que la multiplication moderne des activités et interventions étatiques l'a fortement estompée, soit que l'entreprise publique agisse comme un simple particulier, soit que l'Etat s'immisce dans les rapports entre individus.

Aussi le droit interne contemporain ne fournit-il aucun critère

(134) Cf. P. RAYNAUD, *Droit civil*, 1^{re} année, cours polycopié, 1957-58, p. 67 et s.

(135) Cf. A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd., L.G.D.J., Paris, 1957, p. 34, notes 7 et 8, et ses réf.

(136) *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

(137) *Traité de droit constitutionnel*, t. I.

(138) Cf. G. VEDEL, *Droit administratif*, « Thémis », P.U.F., 2^e éd., 1961, p. 80 et les arrêts du Conseil d'Etat : 23 janv. 1953, *Audoin*, J.C.P., 1954.II.7916, note G. Vedel ; 6 juill. 1955, *Bayens, Lebon*, 1955, p. 389 ; 12 juin 1959, *Berche*, *Act. Jurid.*, 1959.II.247, concl. Mayras.

satisfaisant. Le critère recueillant le plus de suffrages, auquel M. Batiffol se réfère pour sa part, est celui que l'on prétend tirer du *sujet de droit*, le droit public apparaissant comme « le droit privilégié des personnes morales de droit public », par opposition au droit privé, droit des particuliers ou personnes privées (139).

Un tel critère — qui n'est pas sans évoquer un cercle vicieux — se heurte à la difficulté qu'il y a à déterminer les personnes de droit public, d'une part, au fait que celles-ci peuvent agir dans le cadre de la « gestion privée », d'autre part. Faut-il alors préciser le critère et recourir, pour ce faire, à la notion de service public ? C'est la doctrine de M. Batiffol. Mais l'on soulève ainsi un des plus délicats problèmes du droit administratif : la détermination de la notion de service public. Or un critère doit être façonné à l'image d'une invariable unité de mesure, et l'on ne saurait s'accommoder du fait qu'il permet l'existence de larges zones incertaines, sortes de *no man's land* où se regroupent, actuellement, entre autres, le droit économique au sens large, le droit de la Sécurité sociale, le droit professionnel et le droit pénal.

Nous estimons donc que le droit interne actuel n'offre aucun critère sûr permettant de différencier le droit privé du droit public, susceptible, par conséquent, d'une utilisation valable par le droit international privé. N'y a-t-il pas, d'ailleurs, pétition de principe lorsque M. Batiffol pose que « en droit international privé, nous voyons bien qu'il y a tout de même des conséquences positives à la distinction entre règles de droit public et règles de droit privé » (140), puisque, en somme, il justifie le bien-fondé de cette distinction par des conséquences qu'il n'en tire qu'après l'avoir posée en préalable ?

106. — L'existence, en droit interne, d'un critère acceptable étant, pour les besoins de la cause, cependant supposée, la nécessité de s'interroger sur la valeur de la distinction qui en résulte demeure. Or elle nous paraît présenter de graves inconvénients.

107. — a) Cette distinction est, en premier lieu, *susceptible de varier dans le temps*, est instable. Nous n'insisterons guère sur ce grief qui découle d'une simple observation. Ainsi, le domaine actuellement attribué au droit public est, de beaucoup, plus étendu que celui qu'on lui reconnaissait il y a un siècle. Le phénomène, dont l'ampleur ne peut que croître, dérive très naturellement du fait que l'Etat, ou les « personnes morales de droit public » en général — si l'on s'attache au critère du sujet de droit — ont considérablement développé leur activité, ou réglementé des secteurs entiers autrefois pratiquement abandonnés à l'initiative individuelle.

Le relever est devenu banal et les exemples en sont multiples.

(139) Cf. P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 69 et s.

(140) *Cours*, préc., de l'I.H.E.I., p. 120.

L'évolution de la protection des mineurs, à laquelle nous avons déjà fait allusion en évoquant l'arrêt *Elisabeth Boll* (141), en est un : en Suède, comme en France, cette protection, autrefois exercée dans le cadre de la famille légitime, se trouve aujourd'hui placée sous le contrôle de l'Etat. De familiale, elle est devenue étatique. Il s'ensuit qu'on ne peut plus l'envisager comme une institution du pur droit privé auquel, cependant, elle appartenait naguère.

Ainsi, les limites qu'impose cette distinction peuvent varier en fonction de l'attitude de l'Etat. A mesure que celui-ci s'empare de nouveaux domaines, le contenu du droit privé s'étrécit comme une peau de chagrin, à moins d'admettre, avec ceux qui refusent cette conséquence, que le droit privé se « publicise ». Aucune sécurité ne découle donc de cette distinction.

108. — *b)* D'un autre point de vue, plus particulier au droit international privé, l'opposition établie entre droit public et droit privé ne saurait être retenue parce que, propre à l'état d'un système juridique donné, elle n'est pas susceptible d'utilisation dans une discipline qui se donne pour vocation la coordination des différentes législations. *Variable* dans le temps, la distinction l'est également *dans l'espace*.

En effet, non seulement les critères permettant d'établir cette distinction peuvent différer d'une législation à l'autre, mais encore, et de façon bien plus évidente, le contenu des notions mêmes de « droit public » ou « privé », étant le reflet d'une organisation sociale, politique et, surtout, économique, demeure propre à chaque pays.

Il y a plus grave, puisque cette distinction est ignorée de certains systèmes juridiques. Aux yeux des comparatistes, son existence ou son absence dans les systèmes juridiques a pu apparaître comme un des signes distinctifs qui permettent de distinguer dans la variété de ces derniers des « familles de droit » (142). C'est ainsi que « le dyptique droit public droit privé peut être considéré comme caractéristique de la famille romano-germanique », écrit M. R. David (143). Il est ignoré des droits socialistes, pour la raison que « l'unité procède de ce que, dans toutes ses branches, le droit est essentiellement un reflet de l'organisation économique de la société » (144). Quant aux droits de *Common Law*, « La division du droit public et du droit privé, les catégories droit civil et droit commercial ... sont aussi étrangères au juriste des Etats-Unis qu'elles le sont au juriste anglais » (145).

Le principe même de cette distinction, et non seulement son contenu, apparaît ainsi comme le fruit d'une tradition historique,

(141) Voir *supra*, n° 101.

(142) R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1964.

(143) R. DAVID, *id.*, p. 79, n° 58.

(144) R. DAVID, *id.*, p. 258, n° 209.

(145) R. DAVID, *id.*, p. 408, n° 371.

le reflet d'une certaine mentalité des juristes, plus, une opinion publique. Elle n'est donc pas la brutale conséquence que l'on pourrait supposer déduite d'une doctrine économique ou, encore, d'une philosophie politique. Il s'ensuit qu'elle imprègne profondément toute la législation d'un système donné.

Il découle de ces constatations que l'emploi de la distinction entre droit privé et droit public pose d'insolubles problèmes lorsqu'on prétend en déduire le domaine du droit des conflits et, par là, les cas d'application des lois étrangères.

109. — La thèse classique tient en deux propositions : il n'y a pas de règles de conflit en matière de droit public ; on n'applique pas les lois étrangères de droit public. A quelle conception devons-nous nous référer pour savoir s'il s'agit d'une matière de « droit public », si la loi qu'il s'agit d'appliquer est une « loi étrangère de droit public » ? Juger en contemplation de la conception étrangère semble impossible dès lors que le système étranger diffère du nôtre (146). Nous ferons donc prévaloir nos propres conceptions, et le résultat est particulièrement choquant qui nous permet ainsi de réduire à discrétion le domaine des conflits de lois. Chacun des systèmes juridiques connaissant cette distinction pouvant user de ce procédé, il s'ensuit, théoriquement, une situation anarchique, nuisible, au plus haut degré, à l'esprit de coopération internationale.

L'utilisation d'une telle distinction ne peut donc fonder, ne serait-ce qu'en le délimitant, un système de droit international privé, parce qu'il y a antinomie entre le nécessaire internationalisme d'inspiration de l'un et le particularisme, prouvé par l'expérience, de l'autre (147).

110. — c) Enfin, mais surtout, à supposer résolues ou éludées les précédentes difficultés, la classification opérée entre les normes de droit privé et de droit public supposerait une nécessaire unité de genre desdites normes, que la pratique est loin de confirmer. La multiplicité des dispositions législatives ou réglementaires assorties de sanctions pénales offre une illustration courante de ce problème. Si l'on s'attache au caractère sanctionnateur de ces normes, on repoussera le jeu des conflits de lois. Mais la solution pourra être différente si l'on retient les dispositions normatives auxquelles le droit pénal ne fait qu'apporter un élément coercitif. Outre le fait que rien ne permet de choisir l'une ou l'autre de ces deux solutions,

(146) Voir cependant, pour une qualification d'après la *lex causae* : F. GAMILLSCHEG (« Les principes du droit du travail international », *Revue*, 1961, p. 679) ; la raison en est, pour cet auteur, que la qualification droit public ou droit privé dépend de la manière dont la loi organise la réglementation envisagée, non de la nature de cette réglementation.

(147) Cette même critique résulte de K. ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965, p. 646-647.

normes de fond et règles pénales sont, dans la plupart des cas, indissolublement liées.

111. — Une telle situation se rencontre fréquemment dans le domaine du « droit économique » qui offre, en réalité, des exemples beaucoup plus complexes. Les lois relatives à la concurrence, ou législation anti-trust, constituent à cet égard un exemple privilégié, sinon unique (148). Ces lois présentent des dispositions de « droit privé » (nullité et dommages et intérêts), des sanctions pénales et des mesures de caractère administratif (pouvoirs de contrôle et d'autorisation, amendes). Or le droit comparé révèle que les principaux systèmes — américain, allemand, français, européen communautaire — ont adopté un critère unique déterminant le champ d'application de ces lois protectrices de la concurrence, critère qui s'attache essentiellement à l'effet que produisent sur le territoire accords et pratiques restrictives, et « ne distinguent pas, quant à leur applicabilité territoriale, entre les règles pénales, administratives et civiles... » (149) (150).

La réalité inflige ainsi un premier démenti à la distinction entre droit privé et droit public qui ne trouve aucune place dans l'analyse de telles normes composites, normes dont, cependant, le nombre égale l'importance.

Rationnellement inutilisable, pour les raisons que nous avons exposées, l'opposition du droit public au droit privé se révèle également artificielle.

§ 2. — Distinction artificielle

112. — L'opposition que l'on tente d'établir entre les deux branches du droit semble devoir se situer à deux niveaux différents. Ce ne sont pas seulement les méthodes de raisonnement, mais aussi leur résultat — c'est-à-dire la possibilité d'appliquer la loi étrangère — que l'on met en regard. Sur l'un et l'autre point, la distinction nous paraît artificielle (151).

(148) Un autre exemple serait celui des lois relatives à l'usure, sanctionnées à la fois pénalement et civilement (nullité du contrat de prêt), également issues de préoccupations d'ordre économique plus que moral. Cf. J. STOUFFLET, « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », *Clunet*, 1966, spéc., p. 591 et s.

(149) B. GOLDMAN, « Les champs d'application territoriale des lois de concurrence », *Recueil*, n° 128, 1969, III, p. 685 et s.

(150) Il en est de même pour les lois relatives à l'usure : cf. J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 592.

(151) Mais, pour plus de commodité dans l'exposé, nous continuerons très temporairement à user des expressions « droit privé », « droit public », telles qu'elles sont comprises dans la thèse classique.

113. — Sur le premier point, il serait faux de croire que tout s'oppose dans le mode de raisonnement, la démarche, que doivent suivre, selon qu'il s'agit de droit privé ou de droit public, les juristes. Aussi bien a-t-on démontré (152) que les rapports juridiques soumis au droit public nécessitaient, de même que ceux relevant du droit privé, un effort de localisation de nature semblable.

La substance de cette thèse, soutenue notamment par M. Freyria, est que la loi de droit public ne peut, sous peine de courir le risque du manque d'effectivité, décider de son universelle application. Son champ d'application est donc, nécessairement, borné, et borné par des « critères rationnels d'application dans l'espace ».

Pour reprendre l'exemple que nous avons exposé, la législation relative à la concurrence fait dépendre la détermination de son empire spatial du critère de l'effet territorial des pratiques restrictives de la concurrence. La démarche est donc identique : le droit public, comme le droit privé, « localise les rapports juridiques placés sous sa dépendance ».

Il est permis d'aller plus loin et de constater, toujours avec M. Freyria, qu'un « recensement poussé des méthodes de rattachement du droit public permet d'observer l'identité remarquable des solutions de localisation accueillies par l'une et l'autre branche du droit » (153). On notera, ainsi, pour illustrer ce propos, la fréquence en droit public du recours à la *lex rei sitae* — ainsi en matière fiscale —, à la *lex loci facti* s'agissant des faits juridiques — ainsi en droit pénal —, ou, encore, à la maxime *locus regit actum* (exemple de l'article 646 du Code général des impôts).

Le droit public a certes, par ailleurs, pour répondre à des fins qui lui sont propres, dégagé des critères de localisation différents de ceux qu'utilise le droit privé (154). C'est notamment le cas du droit fiscal, et l'on ne saurait l'ignorer. Il s'ensuit des divergences, ainsi lorsque le droit fiscal prend en considération l'entreprise, et non la société, le domicile, et non la nationalité... L'élément de différenciation est cependant d'importance mineure, et ne saurait entraîner à nier l'identité des démarches.

114. — Nombreux sont les témoignages, dont nous retiendrons quelques exemples, en ce sens.

Ainsi, M. Dalimier (155) présente le « droit fiscal international » comme une discipline soulevant des problèmes de « qualifications » et de « rattachement » comparables à ceux du droit international privé, problèmes dont la solution doit être recherchée « en usant des méthodes inspirées de celles du droit international privé ».

(152) C. FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1965, p. 103 et s.

(153) C. FREYRIA, *id.*, p. 109.

(154) Cpr. avec ce qui est dit *supra*, n° 70, des règles spéciales de conflit.

(155) G. DALIMIER, « Droit fiscal international », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 301.

Il en va de même du droit international du travail et de la sécurité sociale, pour lequel M. Lyon-Caen représente la nécessité de procéder à la localisation du droit à prestations en vue de déterminer le droit applicable. Certaines difficultés relatives aux qualifications, à la jouissance des droits et à la conservation des droits acquis s'y ajoutent pour former un inventaire de questions traditionnelles au droit international privé (156).

Il faut donc admettre qu'il n'y a pas, du moins à ce stade, de divergence de nature entre les méthodes de ces deux disciplines. La similitude de celles-ci provient de ce que la difficulté liée à l'insertion de la norme de droit interne dans le domaine des relations internationales est fondamentalement unique : toute norme du droit interne doit, indépendamment de sa nature, et pour son effectivité même, se limiter à l'appréhension des rapports juridiques présentant avec elle le lien que l'opération de localisation fait apparaître.

Le problème véritable gît donc ailleurs. Il nous faut alors nous demander si le résultat de la démarche ainsi opérée — soit l'application du droit étranger — constitue la substance réelle de la différenciation du droit public par rapport au droit privé.

115. — L'accent est mis sur cet important élément de comparaison, lorsqu'on affirme que, à la différence du procédé conflictuel, le régime d'application dans l'espace du droit public « ne s'attache pas à la contemplation de la compétence de la loi étrangère, *parce que cette recherche est par hypothèse exclue* » (157).

Ce postulat controuvé est démenti par les faits qui nous montrent que, si l'application de la loi étrangère n'est pas exclue par principe dans les matières de droit public, elle peut, à l'inverse, être repoussée dans les matières de droit privé : il en est ainsi de celles qui font l'objet de normes d'application unilatérale (158).

Mais il nous faut, auparavant, écarter une source de confusion possible, tenant à l'existence d'hypothèses dans lesquelles, préalablement à la solution d'une question de droit public, se pose une question de droit privé. L'établissement du délit de bigamie suppose, par exemple, un mariage antérieur valable : la question de droit civil est préalable à la question de droit pénal. La solution consiste à soumettre la question préalable de droit civil à la loi, française ou étrangère, à laquelle elle doit normalement obéir en vertu des règles de conflit de lois, indépendamment des implications pénales qu'elle comporte. Il y a là application d'un principe général qui veut que,

(156) G. LYON-CAEN, « Droit international du travail et de la Sécurité sociale » *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 571.

(157) M. Freyria rappelle ainsi la thèse classique, dans sa communication précitée au Comité français de Droit international privé, p. 103. — V. également, exposant et critiquant cette affirmation, P. G. VALLINDAS, « Droit international privé *lato sensu* ou *stricto sensu* », *Mélanges Maury*, t. I, p. 509 et s., spéc. p. 515.

(158) Cf. *supra*, n° 82. Dans ces hypothèses, l'application de la loi étrangère ne s'avère possible que lorsque, la règle d'application ayant épuisé ses effets, un retour au droit commun des conflits de lois est opéré.

lorsque la loi de droit public fait référence à une notion de droit privé, celle-ci recouvre son autonomie et obéisse à ses propres règles d'application dans l'espace.

Si ce principe n'a pas toujours paru évident (159), il est aujourd'hui admis en doctrine (160) et consacré par la jurisprudence (161). Mais il va de soi que ces solutions particulières n'apportent pas d'élément décisif (162) dans le débat, car elles sont l'application de principes ne souffrant — actuellement — aucune discussion.

116. — Ayant ainsi précisé ce point, nous reprenons à présent notre proposition selon laquelle la considération de la loi étrangère n'est pas exclue des matières de droit public : « En dépit des affirmations contraires — estime M. Freyria — notre loi de droit public ne manifeste pas une invariable répulsion à l'admission en France de sa correspondante étrangère » (163).

On en trouve des exemples dans le droit pénal (C. proc. pén., art. 690), en droit fiscal (C. gén. imp., art. 4 et 164-1°)... et le droit conventionnel a développé ce mouvement naturel en imposant aux Etats qu'il lie le respect des lois, ou même des décisions administratives étrangères. C'est le cas des Accords de Bretton Woods obligeant chaque Etat membre du Fonds monétaire international à respecter la législation de change des autres Etats membres (164). On peut également faire référence au droit conventionnel de la sécurité sociale (165) et, notamment, dans le cadre du Marché commun, au *Règlement* n° 3 de la Communauté économique euro-

(159) DONNEDIEU DE VABRES a dû lutter pour l'établir en droit pénal ; cf. ses *Principes de droit pénal international*, p. 175 et s.

(160) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., 1970, n° 247 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE par Y. LOUSSOUARN, 9^e éd., 1970, nos 27 et s. — Les notes de A. DECOQ, *Revue*, 1966.223 et *Revue*, 1966.449.

(161) Voir, récemment, Paris, 30 oct. 1964, *Villanova, Revue*, 1966.223, note A. DECOQ ; Colmar, 18 déc. 1964, *M. P. c. Jalicot, J.C.P.*, 1965.IV.87 ; Trib. corr. Seine, 13 oct. 1965, *Sté Palais de la Méditerranée, Revue*, 1966.449, note A. DECOQ. La première décision est relative à la bigamie, les deux dernières au délit d'émission de chèque sans provision.

(162) Sauf un argument d'analogie pour la question de la « consultation » de la loi étrangère (voir *infra*, n° 118), la loi de droit privé, éventuellement étrangère, apparaissant bien ici comme étant « consultée », non « appliquée ».

(163) Communication préc., p. 116.

(164) Cf. GOLD et LACHMAN, « Les Statuts du F.M.I. et les réglementations de change des Etats-membres », *Clunet*, 1962.667. Voir *supra*, nos 93 et s.

(165) Cf. C. FREYRIA, « Sécurité sociale et droit international privé », *Revue*, 1956, p. 409 et s. ; Cass. soc., 16 déc. 1970, *Miralles c. Caisse primaire d'assurances maladie de Toulouse* (*Clunet*, 1972.75, obs. J. Ribettes-Tillhet), affaire dans laquelle le conflit de lois est élevé — « en dépit du caractère essentiellement territorial de la législation de sécurité sociale » —, à propos de l'application de l'article 3 de la Convention franco-algérienne du 19 janvier 1965, qui pose le principe selon lequel les travailleurs salariés occupés sur le territoire de l'un des Etats sont soumis aux législations en vigueur au lieu de leur travail (sauf lorsqu'il s'agit de salariés occupés dans un Etat autre que celui de leur résidence habituelle par une entreprise ayant son établissement dans cet Etat).

péenne du 3 décembre 1958 (166), aux conventions d'extradition ou, encore, aux traités d'assistance réciproque en matière fiscale (167) (168).

Par ailleurs, et de façon plus générale, il peut être nécessaire de considérer une loi étrangère de droit public en vue de résoudre un quelconque litige de droit privé. Ainsi, pour apprécier la validité en la forme d'un mariage célébré à l'étranger, selon l'exemple désormais classique, force est de recourir à la loi institutionnelle étrangère organisant les pouvoirs et définissant la compétence de l'officier de l'état civil étranger célébrant : il faut alors « prendre parti sur le sens et la portée d'une loi étrangère, qui est une loi de droit public parce qu'elle détermine les pouvoirs d'un officier public » (169). Un autre exemple pourrait être dégagé des nombreuses décisions rendues en matière de responsabilité délictuelle, à propos d'accidents de la circulation : s'agissant de délits commis à l'étranger, il est impossible d'établir la faute, de déterminer les responsabilités sans prendre en considération les textes qui, à l'étranger, tiennent lieu de Code de la Route. Et si la jurisprudence parfois répugne à suivre les lois étrangères, applicables comme *lex loci delicti* dans la détermination du droit à réparation et, surtout, de son étendue, aucune difficulté ne semble être soulevée quant à l'établissement même du fait ouvrant droit à cette réparation.

117. — Certains estiment toutefois qu'on ne peut tirer de ces exemples de conclusions valables. M. Batiffol, ainsi, en minimise la portée, en faisant remarquer qu'ils supposent toujours l'existence de *droits acquis* à l'étranger et invoqués en France : la loi de droit public n'intervient donc dans le litige « qu'à titre subsidiaire » (170).

(166) Cf. WIBAULT, « Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois », *Droit social*, 1965.324. — Pour une intéressante application, Cass. soc., 16 févr. 1965, *Union régionale des Sociétés de secours minières du Nord c. veuve Gosset*, *Revue*, 1966.88, note Lyon-Caen, D., 1965.723, note Voirin ; *Droit social*, 1965.526, note Bonnet. — Voir également, pour le recours d'organismes étrangers de sécurité sociale : Grenoble, 3 janv. 1966, *Clunet*, 1967.642, obs. J. Ribettes-Tillhet. — *Contra* : l'arrêt antérieur de la Cour de Besançon, 14 mai 1959, *Clunet*, 1960.778, note Bredin ; D., 1959.515, note P. Esmein, mais, dans le même sens : Trib. gr. inst. Dieppe, 7 mars 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.2.191.

(167) Cf. M. CHRÉTIEN, « Le fisc en face du droit international privé », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1955, p. 101 et s. et, du même auteur, « Existe-t-il un droit international fiscal commun ? » *Revue*, 1953.215, 491, 677.

(168) Voir, sur tous ces exemples, P. G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 513, et, pour un conflit de lois en matière d'impôts (en l'espèce, impôt sur le revenu prélevé par l'employeur sur les salaires, en vertu de la loi du lieu convenu pour le paiement de ces salaires) : Cass. soc., 11 févr. 1970, *Souleyreau c. Sté Shell-Maroc*, *Clunet*, 1971.821, note P. Level.

(169) Cf. H. BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, préc., p. 102.

(170) H. BATIFFOL, *id.*, et son *Traité*, 5^e éd., n° 248. — Un exemple de cette distinction pourrait être fourni par l'arrêt de la Cour de Rouen du 20 mars 1968 : *Etats-Unis d'Amérique c. Reyes* (*Revue*, 1970.70, note Jambu-Merlin) qui, à propos de la subrogation de l'Etat américain dans les droits de la victime d'un

Si cette observation est parfois exacte, elle est loin de recouvrir toutes les hypothèses où le droit public étranger est appliqué (171). De plus, on ne voit pas qu'il s'agisse là d'une particularité propre aux lois de droit public. Les lois étrangères de droit privé sont, sous cet angle, fréquemment invoquées dans de semblables circonstances (172) — et le sont toujours en matière d'exequatur des jugements étrangers —, sans que pour autant se déduise une quelconque « subsidiarité » de la compétence des lois étrangères.

118. — Une réserve analogue découle d'une théorie qui trouve son origine dans la doctrine allemande et italienne du début de ce siècle, et selon laquelle le droit public étranger n'est jamais « appliqué », mais seulement « consulté » par le juge du for (173). Consulter le droit étranger est « l'appeler comme condition d'application de la *lex fori*, notamment pour définir certains éléments de l'hypothèse légale » (174). Appliquer le droit étranger consiste, pour le juge, à « emprunter à ce droit la conséquence juridique postulée par la partie à laquelle il donne gain de cause »... ou encore « l'effet de droit coulé dans son dispositif » (175).

Cette thèse présente à notre opinion trois insuffisances. En premier lieu, on perçoit mal, sinon le but, du moins les intérêts de cette distinction entre application et consultation de la règle juridique. Au reste, M. Rigaux, qui en est partisan, estime qu'elle peut être négligée devant les juges du fond. Cet auteur lui accorde cependant l'intérêt de ne pas appeler, de la part de la Cour de cassation, le même contrôle de légalité sur l'interprétation qui est faite de la norme étrangère, ce contrôle semblant réservé à l'hypothèse où la règle de droit a été « appliquée » (176).

accident contre le tiers responsable, expose que « en droit international privé il est de règle en France que les droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi de droit public étrangère peuvent être valablement invoqués dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public ».

(171) Cf. *infra*, n° 119, le démenti précisément infligé à la doctrine réaffirmée par la Cour de Rouen dans l'affaire *Reyes*, par la Cour de cassation, le 17 mars 1970.

(172) Voir *supra*, n° 115.

(173) Cf. RIGAUX, *Précis*, p. 195, n° 138, citant : d'ALESSIO (« Il diritto amministrativo internazionale e le sue fonte », *Riv. dir. pubblico*, 1913, p. 293 et s.) pour l'Italie, ISAY (« Zwischenprivatrecht und Zwischenverwaltungsrecht », *Bonner Festgabe für E. Zitelmann*, 1923, p. 291 et s.) et NEUMEYER (« Le droit administratif international », *Revue gén. Dr. intern. public*, p. 494 et s.) pour l'Allemagne. Cette doctrine a été récemment reprise de Neumeyer, mais durcie, dans la thèse de K. VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Hambourg, 1963, qu'un auteur a qualifié de « représentant moderne de la théorie des statuts » (ZWEIGERT, *Revue*, 1965, p. 664).

(174) C'est notre exemple du mariage nul pour incompétence de l'officier public étranger qui l'a célébré.

(175) F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 192, n°s 136 et s.

(176) M. Rigaux cite en ce sens un arrêt de la Cour de cassation belge, 15 févr. 1967, *S.A. Electrorail c. Etat belge*, *Revue fiscale*, 1967.230 : voir son *Précis*, p. 206, n° 147 et, dans le même sens, P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 224, et la note 2.

Mais si nous considérons le droit français, l'arrêt *Montefiore c. Colonie du Congo belge* (177) ne nous permet pas de souscrire à cette opinion : cette décision a posé le principe même du contrôle des dénaturations en matière d'application des lois étrangères par la Cour de cassation, s'agissant en l'espèce d'un texte de loi belge dont le caractère de droit public était hors de discussion.

En second lieu, si nous supposons cependant qu'il existe des intérêts à faire cette distinction, on ne peut sérieusement prétendre qu'envisager la loi étrangère comme « condition d'application de la *lex fori* » procède d'une conception propre aux lois de droit public. On a relevé, en effet, un certain nombre de cas dans lesquels la loi étrangère de droit privé est consultée, hors de tout conflit de lois, par le juge saisi. Il en est ainsi, notamment, lorsque la loi du for prévoit une condition de réciprocité, engageant le juge à examiner le contenu de la loi étrangère (178). Aucune différence n'existe entre cette hypothèse et celle où la loi pénale française fait référence au contenu de la loi pénale étrangère en vue de déterminer les éléments d'une infraction.

Enfin, et nous retrouvons là une critique déjà formulée (179), la notion de « consultation » paraît impropre à caractériser les différentes formes que peut revêtir la considération de la loi étrangère, fût-elle de droit public.

A ce nouveau point de vue, donc, la distinction entre normes du droit privé et normes du droit public se révèle artificielle, en ce sens que les solutions, dans l'une et l'autre « branches » peuvent se révéler identiques (180).

119. — La Cour de cassation vient apporter une confirmation sans ambiguïté à ces développements, montrant, à propos de la subrogation légale d'un Etat étranger dans les droits de la victime d'un accident survenu en France, que la loi étrangère de droit public peut parfaitement s'appliquer — et non être simplement « consultée » — directement en France — et non sous le couvert de la notion de droits acquis : alors que la Cour d'appel (181) n'avait admis les effets de cette loi de droit public étrangère qu'à l'issue d'un raisonnement fondé sur l'idée de droits acquis, la Cour de

(177) Cass., 21 nov. 1961, *Clunet*, 1962.686, note Goldman ; *Revue*, 1962.329, note P. Lagarde ; D., 1963.37, note P. Francescakis ; *J.C.P.*, 1962.II.12521, note P. Louis-Lucas.

(178) On conçoit, là également, la nécessité d'un contrôle de l'application de la loi étrangère : cf. Cass. com., 14 oct. 1958, *Revue*, 1959.294, note M. Simon-Depitre. En ce sens : H. BATIFFOL, *Cours préc. de l'I.H.E.I.*, p. 149-150.

(179) Voir *supra*, n° 117, à l'encontre de la notion de « subsidiarité » de M. Batiffol.

(180) Cf., en ce sens, pour une critique décisive : K. ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965.645, également P. G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 514 et s.

(181) Rouen, 20 mars 1968, *Aff. Reyes c. U.S.A.*, préc.

cassation (182) autorise le jeu direct, en France, de la loi fédérale américaine, la subrogation légale étant « régie par la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été créée ».

On peut conclure de cet arrêt que rien ne doit s'opposer à l'application dans l'ordre du for des règles de droit public étranger (183). Il faudra surtout en retenir que la Cour suprême utilise sans détours « les raisonnements les plus orthodoxes du droit international privé pour admettre l'application du droit public étranger : elle énonce une règle de conflit de lois, et cette règle est manifestement conçue pour entraîner indifféremment l'application des règles de droit privé, des règles d'application immédiate et — parmi celles-ci — des règles de droit public étranger » (184).

120. — Si les modes de raisonnement suivis, d'une part, les résultats obtenus à leur terme d'autre part, ne sont ni quantitativement ni substantiellement différents dans l'une et l'autre branche du droit, il faut en déduire que la distinction n'est d'aucun intérêt pour notre discipline. Cette distinction est essentiellement moderne : la théorie statutaire, dont on a pu écrire que « il n'est peut-être pas un des systèmes actuellement pratiqués en Europe qui n'y ait son principe » (185), l'ignorait. Après Pierre de Belleperche, avec Albéric de Rosate, Bartole — « père de la science du droit international privé » — consacre, ainsi, de nombreux développements aux dispositions pénales sans les distinguer des lois civiles. Plus proche de nous, l'article 3 du Code civil ne fait pas davantage une telle distinction (186). La vocation générale du droit international privé et, à travers lui, du procédé des conflits de lois doit donc, conformément à la tradition, à un moment où toute différenciation des normes fondée sur leur nature de droit public ou de droit privé devient impossible, être réaffirmée.

Il n'est pas, cependant, niable que diverses branches spécialisées se sont développées de manière à paraître aujourd'hui dotées, par rapport au droit international privé, d'une certaine autonomie : droit pénal, fiscal, administratif... international. Si le droit international privé doit rester, selon l'image de M. Francescakis, le centre actif de cette grande ville dont les faubourgs prennent une extension insoupçonnée (187), il ne faut pas s'essouffler à vouloir réintégrer ces disciplines au sein du droit international privé, à tout prix, au

(182) 17 mars 1970, *Clunet*, 1970.923, note G. de La Pradelle ; *Revue*, 1970.688, note P. Lagarde.

(183) Dans la mesure où elle n'entraîne pas le juge à outrepasser les prérogatives spécifiques qui lui sont octroyées en vertu du droit du for. Le problème est ancien en matière de protection des incapables, de sûretés réelles...

(184) Note G. de La Pradelle, préc., *Clunet*, 1970, p. 935.

(185) A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, II^e Partie.

(186) Voir, en ce sens, VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, Bruxelles, 1956, p. 39.

(187) Communication préc. du 19 janv. 1968, p. 160.

prix notamment d'une déformation de ce dernier, et ce sans aucun profit. Mieux vaut reconnaître que ces disciplines ont conquis ou, plutôt, sont en voie de conquérir leur émancipation. C'est un phénomène bien connu dont le droit civil a déjà fait l'expérience (188), phénomène qui résulte de la spécialisation croissante du droit qu'exige une législation toujours plus touffue et complexe. Le droit international privé, *alma mater* de tous ces rameaux détachés, ne peut rien y perdre.

(188) Ainsi, le droit du travail s'est détaché du droit civil pour acquérir une autonomie non douteuse ; le droit des baux a fait de même et, à l'intérieur de celui-ci, la législation de 1948 (et ses annexes) forme un flot particulier possédant ses propres spécialistes.

TITRE II

RÈGLES DE CONFLIT ET RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MATÉRIEL

121. — Tout système de droit international privé fait aujourd'hui place, aux côtés de règles de conflit de lois et de quelques règles d'application unilatérale (1), à des « règles de droit international privé matériel ». Différant des premières par leur méthode « directe », des secondes par leur finalité, les règles de droit international privé matériel paraissent dotées d'une originalité peu négligeable (2).

a) Le sentiment de « l'inaptitude *a priori* de la loi locale à régir les situations internationales » (3), s'il fut à l'origine du développement d'un système de conflit de lois — première étape dans la voie de la considération du caractère international d'un rapport juridique (4), inspire une méthode plus évoluée destinée à fournir au rapport international la réglementation substantielle spécifique que sa nature appelle.

Un tel procédé écarte ainsi, en apparence, non seulement l'application de la loi locale — inadéquate parce que faite pour les rapports

(1) Voir *supra*, n° 82.

(2) Ne nous attachant ici qu'au droit matériel de source étatique, nous renvoyons à une seconde Partie la discussion du problème que posent les règles de droit matériel issues de la société internationale des commerçants.

(3) P. FRANCESCAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 134.

(4) L'antériorité historique d'un système de conflit de lois paraît certaine car, si l'on néglige le monde antique, mal connu sous cet aspect, on constate que son élaboration en doctrine prend forme dès le XI^e siècle. La pratique l'avait au reste précédée : cf. E. M. MEIJERS, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil*, n° 49, 1934, III, p. 542 et M. GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *Recueil*, n° 29, 1929, IV, p. 287. Cependant, la *lex mercatoria* ne connaît son plein essor qu'au XIII^e siècle (cf. LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 13).

internes —, mais également la compétence de toutes autres lois internes, par identité de motifs, parce qu'il élimine tout problème du choix de la loi.

b) Le souci des intérêts du commerce international, qui nécessitent un droit rapide et sûr, a essentiellement déterminé la faveur incontestable que remporte, dans l'opinion juridique, ce procédé de réglementation (5). Celui-ci n'est cependant pas limité au domaine du droit du commerce et il a pu être regardé comme un moyen propre à résoudre de nombreux problèmes relevant du strict droit civil issus de la diversité des législations (6).

Le droit international privé matériel apparaît donc comme le procédé propre à assurer une solution satisfaisante aux rapports juridiques de toute nature qui, parce qu'ils dépassent les frontières se trouvent exposés au risque d'une localisation accidentelle ou inadéquate, à l'application, donc, d'une loi présentant les mêmes inconvénients (7).

c) Cette méthode originale a, depuis longtemps, attiré l'attention des juristes, tant Allemands (8) que Hollandais (9). Elle retient également l'intérêt de la doctrine française contemporaine (10). Ce mouvement doctrinal, généralement favorable, a puissamment contribué à développer une théorie dont l'ampleur a de faibles rapports avec les quelques manifestations du droit positif.

122. — Les sources du droit international privé matériel paraissent, ainsi que nous en avons déjà fait l'observation, et même lorsqu'on écarte — momentanément — toute allusion à la « *lex mercatoria* » des commerçants, essentiellement variées.

La *législation interne* représente la première source. Ainsi, M. Francescakis illustre son propos relatif au droit matériel par l'exemple des « nombreuses prescriptions qui prolongent des délais de toutes sortes en raison de la non-présence en France des sujets de droits ou

(5) Cf. LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, p. 25, n° 20.

(6) A. E. VON OVERBECK (« Les règles de droit international privé matériel », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 362 et s.) propose une telle solution pour les successions, avec des réserves, et surtout pour l'adoption « internationale » ; voir, pour cette dernière, projets et échecs dans P. LAGARDE, « La X^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Revue*, 1965.249.

(7) Cf. H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966, p. 537 et s.

(8) ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, 1897, t. I ; KAHN, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, 1928, t. I. Et plus récemment, STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Francfort, 1958, et WENGLER, « The general principles of private international law », *Recueil*, n° 104, 1961, III, p. 273, et ses « Principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Revue*, 1952.595 et 1953.37.

(9) Voir les références données par VON OVERBECK, *op. cit.*, p. 365.

(10) Cf. notamment, P. FRANCESCAKIS, *Le renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, 1958, p. 17.

de la situation à l'étranger des biens, ou encore qui prescrivent des formalités particulières pour l'accomplissement de certains actes juridiques à l'étranger» (11). Dans le même ordre d'idées, la « condition des étrangers » est régie par des dispositions de droit matériel (12).

Les prescriptions législatives attentives à soumettre les rapports internationaux à un régime propre sont cependant rares et sporadiques, même dans le domaine du droit du commerce (13). Certains pays, à la différence de la France, ont toutefois manifesté en ce dernier domaine un effort de réglementation spéciale des problèmes juridiques relatifs au commerce international en élaborant de véritables codes de commerce international (14). Mais une telle tentative demeure encore isolée, de sorte que, de façon générale, et pour la France en particulier, la législation représente une source secondaire des règles du droit international privé matériel.

Cette situation a suscité le développement d'une *jurisprudence* prétorienne dont on a relevé, dans notre droit, l'importance tant qualitative que quantitative.

La jurisprudence a ainsi, en certains domaines, tels que ceux des paiements internationaux (15), de l'arbitrage international (16), des contrats internationaux (17) ou des nationalisations, développé des principes spécifiques, justifiés par les « besoins du commerce international », principes que leur consécration par la Chambre civile de la Cour de cassation a parés d'une autorité exceptionnelle.

Enfin, les *conventions internationales* représentent la troisième, et importante, source de droit matériel international. Visant à éliminer les conflits de lois dans le domaine qu'elles réglementent, ces conventions procèdent le plus souvent par adoption de règles matérielles propres aux relations internationales que les conventions définissent dans leur objet. Il en résulte dans le système juridique de chaque Etat signataire, une dualité des réglementations, interne et internationale, applicables, selon sa nature interne ou internationale, au même rapport de droit. De semblables conventions interviennent tant dans le domaine de la procédure que dans celui de la réglementation au fond (18) (19).

(11) Art. 1033-2° du C. proc. civ., 170 du C. proc. civ. par exemple. Voir également le décret n° 65-1006 du 26 novembre 1965 relatif à la réglementation des délais de procédure et la délivrance des actes, *Revue*, 1966, p. 115 et s.

(12) Si l'on considère, comme il est de tradition en France, que la condition des étrangers fait partie intégrante du droit international privé.

(13) Voir sur ce point LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, p. 23, n° 17.

(14) Loi n° 101 du *Recueil des lois tchécoslovaques* portant Code de commerce international (cf. LUDVÍK KOPAČ, « Le Code tchécoslovaque du commerce international », *Clunet*, 1967, p. 789 et s.) et les Conditions générales de livraison établies par les pays-membres du Comecon (voir A. VIDA, *Revue*, 1967, p. 637 et s.).

(15) Validité des clauses-or, voir *infra*, n° 128 et s.

(16) Validité et autonomie des clauses compromissaires, voir *infra*, n° 133 et s.

(17) Liberté du choix, par les parties à un tel contrat, de la loi applicable, voir *infra*, n° 320.

(18) Elles sont surtout, concernant la procédure, bilatérales : conventions signées par la France avec la Suisse en 1869, avec la Belgique en 1889, mais parfois aussi multilatérales : Conventions de La Haye du 1^{er} mars 1954 sur la procédure civile, du 5 octobre 1961 sur la certification des actes.

(19) Quant au fond : conventions multilatérales sur la propriété industrielle

Bien que parfaitement distinctes par le procédé qu'elles utilisent (20), nous rapprocherons de ce premier type de conventions celles qui tendent à unifier le droit interne des Etats contractants. Si en effet, elles procèdent, à la différence des premières, d'une « négation de la spécificité des rapports internationaux » (21), elles nous semblent cependant devoir poser la même question : dans quelle mesure ces conventions éliminent-elles le conflit de lois en réalisant — plus ou moins largement — l'uniformisation des législations qu'elles se proposent ?

123. — Ces différentes sources — législative, jurisprudentielle ou conventionnelle — présentent un *caractère étatique* ou *pluri-étatique*. Sans discuter ici le point de savoir si ces solutions éparses ne sont, pour reprendre l'image de Ripert, que les points d'émergence d'un fleuve souterrain (22), nous constaterons, avec la doctrine dominante (23), qu'au point de vue formel, ces sources donnent naissance à des solutions de fond présentant incontestablement un caractère étatique — ou pluri-étatique — et même national, dans la mesure où les traités ratifiés deviennent partie intégrante du système juridique national.

Les solutions du droit international privé matériel, au moins législatif et jurisprudentiel, nous semblent réintroduire ainsi un élément de diversité dans la réglementation des rapports internationaux, soit qu'on les considère du point de vue de leur source formellement nationale, — leur caractère contingent en découle par nécessité —, soit qu'on les regarde comme des manifestations d'un ordre véritablement international — car les exigences de cet ordre international sont nécessairement interprétées, adaptées par le *for* national : on risque ainsi d'aboutir à une sorte de *jus gentium* dont l'autorité se trouve limitée au pays qui le conçoit (24).

Aussi bien les auteurs favorables au développement de cette méthode placent-ils leurs espoirs dans l'élaboration de conventions internationales multilatérales.

Mais, de façon très curieuse, alors que le recours à son propre droit international privé matériel, législatif ou jurisprudentiel,

(Union de Paris de 1883 révisée en 1958), la propriété littéraire et artistique (Union de Berne de 1886, révisée en 1967), les transports par fer ou par air (Convention de Berne de 1890, Union de Varsovie et de Rome de 1929 et 1933) ou la vente internationale des objets mobiliers corporels (Conventions de La Haye portant loi uniforme du 1^{er} juill. 1964).

(20) Voir sur cette distinction : P. FRANCESCAKIS (*Le renvoi...*, p. 17, n° 12) et F. RIGAUX (*Précis*, p. 94 et s., n° 72).

(21) P. FRANCESCAKIS, *id.*, p. 17.

(22) Voir pour cette suggestion, B. GOLDMAN note au *Clunet*, 1965, p. 650 et *Revue*, 1967, p. 555.

(23) Cf. LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, p. 26, n° 20 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951, p. 22 et 28 ; P. LEVEL, note sous l'arrêt *Galakis*, *Clunet*, 1966, p. 652 et 653.

(24) Cf., en ce sens VON OVERBECK, *op. cit.*, p. 369-370.

élimine, pour le juge étatique saisi, le conflit de lois, de manière *effective*, celui-ci reparaît dans l'application des conventions d'uniformisation du droit matériel indépendamment du rôle que ces dernières entendent lui laisser jouer.

124. — Les développements qui précèdent nous entraînent ainsi à étudier séparément les *solutions du droit matériel de source proprement étatique*, législative et surtout jurisprudentielle, qui posent essentiellement un problème de caractérisation de la méthode par rapport aux autres procédés du droit international privé (25) (Chapitre I), et les *solutions du droit matériel de source conventionnelle ou pluri-étatique* qui nous obligent, elles, à nous interroger sur la portée de l'élimination du conflit de lois qu'elles tendent à réaliser par l'unification du droit (Chap. II).

(25) Essentiellement, donc, par rapport à la règle de conflit de lois.

CHAPITRE I

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MATÉRIEL DE SOURCE ÉTATIQUE

125. — La nature des règles de droit international privé matériel, leur indépendance à l'égard des règles de conflit demeurent controversées, les deux questions étant liées.

Dans la mesure, en effet, où l'on constate que l'application des règles de droit matériel est subordonnée à l'applicabilité de la *lex fori*, on est tenté de rapprocher ces normes des autres dispositions matérielles du droit interne et de leur dénier en conséquence tout véritable caractère spécifique.

Lorsque leur application apparaît, au contraire, comme détachée de tout règlement conflictuel, on est induit à reconnaître en ces normes de vraies lois de police (1). Une telle qualification entraîne, cette fois encore, mais par rapport aux lois de police, à se demander en quel élément réside leur originalité.

Sous l'un ou l'autre aspect, il semble intéressant de caractériser au préalable le processus de formation des règles du droit international privé matériel dans la jurisprudence, dans la mesure où celle-ci offre un champ d'analyse privilégié des rapports — concrets et non abstraits — existant entre règles de conflit ou lois de police et règles de droit international matériel.

SECTION I

PROCESSUS DE FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MATÉRIEL EN JURISPRUDENCE

126. — La jurisprudence française offre des exemples de grande portée dont, après les avoir rappelés, nous tenterons la synthèse.

(1) Lorsqu'on admet l'existence de telles normes... Ce rapprochement ayant été fait par divers auteurs, nous sommes tenus de l'examiner de toute manière.

§ 1. — Analyse de la jurisprudence

127. — Dans deux domaines intéressant les relations du commerce international — indexations des paiements et arbitrage —, la jurisprudence française, suivant une remarquable évolution (2) a affirmé ces trois règles de droit matériel : validité, dans les contrats internationaux, de la clause-or (3), autonomie, en matière d'arbitrage international, de la clause compromissoire par rapport au contrat principal (4) et capacité de l'Etat de compromettre dans les litiges du commerce international (5).

A. — VALIDITÉ DE LA CLAUSE-OR.

128. — Cette solution est, historiquement, apparue la première, ce qui s'explique puisque, dès la fin de la première guerre mondiale, les nécessités de sécurité des relations économiques internationales se sont trouvées déjouées par la rigueur de diverses législations adoptant des mesures destinées à empêcher les particuliers de se prémunir contre l'instabilité monétaire.

Sensible à ces « nécessités du commerce international », la jurisprudence s'attaque très tôt au cours forcé dont elle cherche à limiter les effets, notamment par la théorie de la « place de paiement » tendant à restreindre au territoire de la nation qui l'édicte les conséquences du cours forcé (6). Mais, de manière beaucoup plus souple, elle en vient à proclamer le libre choix de la monnaie de compte — et des garanties qui l'accompagnent, essentiellement la clause-or — dans les contrats internationaux.

Trois phases semblent partager l'évolution de cette jurisprudence.

129. — Dans un premier temps, elle affirme, sans égard à la loi applicable au contrat, la règle de la liberté de choix de la monnaie de compte dans les contrats internationaux (7).

L'origine de cette jurisprudence se situe dans une distinction originale et prétorienne, suggérée avec force par les célèbres conclusions du procureur général Matter dans l'affaire *Pelissier du Besset* (8),

(2) Nous avons volontairement retenu les exemples les plus caractéristiques. Il en est un autre, l'affirmation de la liberté du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, règle de droit international privé matériel selon nous, cependant, qui trouvera mieux sa place dans une Partie ultérieure, consacrée aux normes régissant les contrats internationaux.

(3) *Messageries Maritimes*, 1^{er} arrêt, Cass. civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609, note H. B.

(4) Arrêt *Gosset*, Cass. civ., 7 mai 1963, D., 1963.545, note J. Robert.

(5) Arrêt *Galakis*, Cass. civ., 2 mai 1966, D., 1966.575.

(6) Cass., 23 janv. 1924, *Revue*, 1924.278.

(7) Cass., 9 juill. 1930, *Revue*, 1931.111, concl. Matter.

(8) Cass. civ., 27 mai 1927, D.P., 1928.1.25, note Capitant.

entre les paiements internes — pour lesquels la nullité du paiement en or ou en monnaie étrangère ainsi que des clauses de garantie de change est implacablement déduite du cours forcé — et les paiements internationaux soumis à un régime de liberté (9).

Le « paiement international » (10) est entendu tout d'abord dans un sens strictement économique, pouvant ne pas coïncider, ainsi, avec la notion juridique du contrat international, puisque, selon le procureur Matter, il faut que « le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans l'autre ». Cependant, les deux notions, juridique et économique, tendront à se rapprocher lorsque la jurisprudence aura élargi, en en faisant usage, ce critère primitif (11).

130. — Le premier arrêt des *Messageries Maritimes* ouvre une nouvelle étape, puisqu'il est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler, à l'encontre de la Cour d'appel, que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ».

Ayant ainsi déterminé la loi — canadienne — applicable au contrat d'emprunt émis par les services contractuels des Messageries Maritimes, et relevé le caractère international du contrat, la Cour de cassation écarte cependant les effets du *Gold Clause Act* canadien qui prohibait la clause-or, au nom de la conception française de l'ordre public international postulant la liberté de choix de la monnaie de compte : « Il appartient aux parties, en un tel contrat, de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne, ... une clause-or dont la loi française du 25 juin 1928 reconnaît la validité, en conformité avec la notion française de l'ordre public international » (12).

S'agissait-il là du jeu classique de l'exception d'ordre public opposée à l'application de la loi étrangère compétente ? Le doyen Lerebours-Pigeonnière (13) y voyait bien une réaction « rentrant dans le cadre de l'exception d'ordre public du droit international privé », mais remarquait aussitôt qu'elle conduisait en l'occurrence « à créer dans la législation interne une sorte de *jus gentium* à côté du droit commun interne » (14).

La prohibition des clauses-or étant, en effet, à l'époque, d'ordre public interne, il résultait de la décision une distinction entre contrats internes et contrats internationaux, ressortissant à deux ordres

(9) Cf. J. P. Eck, *Rép. Dr. intern.* Dalloz, V^o Paiement, n^{os} 7 et s.

(10) Dont la notion sera reprise très vite par le législateur : loi du 25 juin 1928, art. 2, al. 2 (D.P., 1928.4.313).

(11) Cf. J. P. Eck, *op. cit.*, n^{os} 14 et s.

(12) Cass. civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609, note H. B. ; *Clunet*, 1950.1196, S., 1951.J.1, note Niboyet ; D., 1951.749, note Hamel ; *J.C.P.*, 1950.II.5812, note J. P. Lévy ; *Rev. trim. dr. com.*, 1950.698, obs. Loussouarn.

(13) « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.

(14) *Id.*, p. 14.

juridiques différents dont chacun colore de ses exigences particulières un ordre public distinct : « La jurisprudence française prend l'heureuse initiative — saluait Lerebours-Pigeonnière — d'introduire ici un *ordre juridique spécial* traduisant ce qui représente pour elle un ordre international minimum » (15).

Pour M. Loussouarn (16), la règle édictée est une règle substantielle et non une règle de conflit.

131. — La jurisprudence est-elle demeurée fidèle à cette conception d'un *jus gentium* consacré sous le couvert d'une exception d'ordre public ? Il ne le semble pas.

L'occasion lui a été fournie de reprendre la question, à deux reprises, par ce même emprunt des services contractuels des Messageries Maritimes (17). La même solution de fond, favorable aux créanciers du Trésor Public substitué aux Messageries Maritimes, a été apportée, mais le fondement en a différé car — relativisme excessif dans l'application de la loi d'autonomie ? (18) — la loi française était, cette fois, reconnue compétente pour régir le contrat litigieux.

Cette compétence de la loi française n'est, à vrai dire, pas affirmée mais supposée dans l'arrêt du 24 janvier 1956. Dans la troisième affaire soulevée par l'emprunt des Messageries, le Tribunal de commerce de la Seine (19) avait omis de rattacher l'emprunt à l'une ou l'autre loi, canadienne ou française, en présence. La Cour d'appel de Paris (20) estima au contraire que la loi française régissait le contrat, d'où la critique du pourvoi dont les auteurs se référaient, légitimement, au rattachement admis par la Cour suprême en 1950.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi et estime justifié « qu'ayant observé que l'emprunt litigieux présente le caractère d'un contrat international dont la clause de paiement en valeur-or est tenue en France pour valable, la Cour d'appel [ait retenu] que les parties ont, en contractant, entendu soustraire leurs conventions à toutes mesures législatives susceptibles de diminuer le montant de la dette... ». Elle approuve la Cour d'appel d'avoir « interprétant l'intention des parties, souverainement déduit que l'obligation contractée... n'était pas régie par les lois canadiennes mais bien par la loi française... » : « ainsi, elle a donné les motifs sur lesquels elle fonde sa décision de rattacher à la loi française l'exécution du contrat poursuivie en France ».

La loi française étant applicable au fond, il ne pouvait plus être question de l'écarter, comme on avait fait de la loi canadienne, par le moyen de l'ordre public international. La jurisprudence a-t-elle

(15) *Id.*, p. 22.

(16) *Rev. trim. dr. com.*, 1950.698.

(17) *Second arrêt* : Cass. civ., 24 janv. 1956, *Clunet*, 1956.1012, obs. Goldman ; *Troisième arrêt* : Cass. com., 29 oct. 1964, *Clunet*, 1965.637, note Goldman.

(18) Cf. note Goldman préc., *Clunet*, 1965, p. 641.

(19) Trib. com. Seine, 11 mars 1957, *Clunet*, 1958.994, note Goldman.

(20) Paris, 2 juin 1959, *Gaz. Pal.*, 1959.2.170.

par là-même écarté tout recours au *jus gentium* ? M. Goldman, ainsi, craint que la Cour de cassation ne revienne « sur le progrès qu'avait marqué son rattachement du régime juridique du contrat international à un droit *matériellement* spécifique, à l'intérieur du droit français » (21).

132. — Il est difficile d'apprécier la portée de l'arrêt de 1964 et deux interprétations semblent possibles.

Dans un premier sens, la Cour suprême a entendu consacrer en l'espèce le principe français de validité des clauses-or dans les contrats internationaux, principe qui ne relève pas du droit interne français, mais de règles spécifiques aux relations internationales. Le principe apparaîtrait même ici comme une règle de droit international privé matériel au sens vrai de l'expression, puisque, dégagé de tout fondement tiré de l'exception d'ordre public — inacceptable s'agissant de l'application au fond de la loi française —, il revêtirait une existence indépendante du contenu de la loi applicable au contrat, indépendante — donc — du règlement des conflits de lois. On renouerait ainsi avec la jurisprudence antérieure à 1950.

Mais on peut se demander — et c'est une seconde interprétation — si l'application de cette règle matérielle libérale n'a pas, au contraire, présupposé la compétence au fond de la loi française. Il faut en effet remarquer que celle-ci s'affirme difficilement, pour « l'exécution du contrat poursuivie en France ». Qu'était-il besoin, au prix d'un nouveau dépeçage de la loi applicable au contrat, de rechercher l'application de la loi française, si l'application de la règle matérielle validant la clause ne lui était pas subordonnée ?

Il y aurait alors indéniablement régression de la jurisprudence qui, faisant dépendre l'applicabilité du droit matériel propre aux relations internationales de la compétence de la *lex fori*, mettrait ce droit matériel au rang des dispositions du droit substantiel interne, objet même du règlement conflictuel (22) (23).

(21) Cf. note préc., *Clunet*, 1965, p. 641.

(22) Voir *infra*, n° 156 sur les conséquences opposées résultant de l'une ou l'autre de ces deux interprétations.

(23) Ces solutions propres au droit international privé ne sont pas remises en cause par l'évolution parallèle de la jurisprudence relative aux contrats internes, dont l'arrêt *Colombo* (Cass. civ., 10 mai 1966, *Revue*, 1967.710, note J. P. Eck) marque provisoirement un terme. Si, en effet, elle aboutit à valider les clauses valeur-or et valeur-monnaie étrangère dans les contrats internes, il ne s'agit que de la monnaie de compte. Les opérations internes demeurent donc, à la différence des opérations internationales, limitées quant au paiement effectif. Voir, sur cette distinction, J. P. Eck, note préc., et sa communication au Comité français de Droit international privé du 4 mai 1970 (« Les problèmes actuels du droit monétaire ») dont le compte rendu se trouve à la *Revue*, 1971, p. 149-150.

B. — AUTONOMIE DE « L'ACCORD COMPROMISSOIRE » (24).

133. — L'affirmation de l'autonomie, dans l'ordre international, de l'accord compromissoire résulte des termes de l'arrêt *Gosset* (25), selon lesquels : « En matière d'arbitrage international, l'accord « compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans « l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une « complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté « par une éventuelle invalidité de cet acte ».

La formule a été reprise en des termes identiques par les Cours d'appel (26) et le Tribunal de la Seine (27).

Cette solution s'oppose ainsi à celle qu'a dégagée, dans l'ordre interne, la Chambre commerciale de la Cour de cassation (28). Elle appartient aujourd'hui à notre droit positif, bien que la Chambre commerciale de la Cour de cassation n'ait encore pu, ou voulu, la consacrer. On relève, en effet, dans l'arrêt *Halisco* (29) la « nullité « corrélative [à celle du contrat] de la clause compromissoire ».

Dans l'arrêt *Robert*, la Cour de cassation (30) approuve les juges du fond, en présence d'une clause résolutoire du contrat, d'avoir estimé que le tribunal arbitral avait compétence pour décider si cette clause avait produit son effet.

Bien que ces deux décisions de rejet puissent s'expliquer par les termes des pourvois, il semble que la jurisprudence commerciale n'a pas accepté nettement de s'engager dans la voie tracée par les Chambres civiles de la Cour de cassation.

La solution retenue par ces dernières mérite qu'on s'y arrête, afin d'en dégager la signification précise et les conditions de son application, avant de se prononcer sur sa nature.

(24) Cette expression usitée par la jurisprudence vise à la fois le compromis et la clause compromissoire. Cf. F. E. KLEIN, « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international », *Revue*, 1961.499 et s.

(25) Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 1963, D., 1963.545, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1963.II.13405, note Goldman ; *Revue*, 1963.615, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1963.60 ; *Clunet*, 1964.82, 1^{re} esp., note Bredin. La Cour arbitrale près la Chambre de commerce bulgare a consacré une même solution, le 26 mai 1966 ; *Clunet*, 1967.156.

(26) Paris, 21 févr. 1964, *Sté Meulemans c. Robert*, *Clunet*, 1965.113, note Goldman ; *Revue*, 1964.543, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1964.55 ; Orléans, 15 févr. 1966, *Sté J. Tardits et Cie*, D., 1966.340, note J. Robert.

(27) Trib. gr. inst. Seine, 16 juin 1965, *S.A.T.I.*, *Gaz. Pal.*, 1965.2.427.

(28) Voir notamment Cass. com., 11 janv. 1960, *Vigneron*, *Rev. arb.*, 1960.44 ; *J.C.P.*, 1960.II.11764, note Garaud.

(29) Cass. com., 29 juin 1963, *Revue*, 1964.128, note Mezger ; *Clunet*, 1964.120, obs. Level.

(30) 15 juin 1967, *J.C.P.*, 1967.IV.113 ; *Bull.*, 1967.III, n° 244.

134. — La formule de l'arrêt *Gosset* affirme une « complète autonomie juridique » de l'accord compromissoire, sous la réserve de « circonstances exceptionnelles ».

Cette autonomie de l'accord compromissoire par rapport au contrat principal a d'abord pu être comprise en ce sens que la clause d'arbitrage peut, idéalement, faire l'objet d'un rattachement autonome, être soumise, donc, éventuellement, à une loi différente de celle régissant le contrat principal (31).

Mais, ce qui est plus important, cette indépendance de rattachement, quelque peu abstraite puisque la pratique judiciaire n'en offre pas d'exemple, se double d'une indépendance matérielle : l'accord compromissoire ne sera pas affecté par une éventuelle invalidité de l'accord principal (32).

D'immenses avantages s'attachent à cette solution éminemment favorable à l'arbitrage international, par là au commerce international, puisqu'elle maintient la compétence, voulue à l'origine par les parties, des arbitres à l'effet de statuer précisément — ce qui est leur rôle — sur les difficultés et contestations résultant de l'invalidité du contrat. Elle évite également qu'un contractant de mauvaise foi ne multiplie les recours devant les juridictions étatiques, repoussant par des procédés dilatoires la compétence arbitrale qu'il avait librement acceptée.

Cependant, si cette survie de la clause d'arbitrage au contrat se comprend aisément lorsque ce dernier prend fin par caducité ou résiliation, la solution se justifie-t-elle encore lorsque l'acte est affecté d'une invalidité initiale ? Nous envisagerons successivement les deux hypothèses.

135. — *a) Caducité ou résiliation.* — Dans l'affaire soumise à la Cour de Paris le 21 février 1964, s'agissant d'un contrat d'exportation d'orge, le refus de délivrance des licences d'exportation avait entraîné de la part de l'exportateur, le refus d'expédier la marchandise. Repoussant l'arbitrage, cet exportateur prétexte de réserves qu'il aurait émises sur la base des textes français réglementant l'exportation de l'orge, et demande que soit constatée la caducité du contrat, à défaut de sa résolution par l'effet de la clause résolutoire insérée au contrat : il prétend en déduire la nullité de la clause compromissoire et de la sentence arbitrale.

Prétention rejetée par la juridiction parisienne qui, après avoir rappelé les termes de l'arrêt *Gosset*, énonce que : « même si, par « hypothèse, la suspension de la délivrance des licences d'exportation « avait entraîné l'interdiction immédiate et absolue d'exporter, ... et « que dans ces circonstances ait joué la clause résolutoire insérée au

(31) En ce sens : B. GOLDMAN, note préc. sous l'arrêt *Gosset*, *J.C.P.*, 1963.II. 13405, qui note que la coïncidence des facteurs de rattachement prévaudra le plus souvent, et, du même auteur : *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Arbitrage (*Droit international privé*), n° 59.

(32) Cf. F. E. KLEIN, préc., *Revue*, 1961, p. 499 et s.

« contrat ... et dont Robert se prévaut, le contrat de vente étant résolu, « la clause d'arbitrage demeurerait applicable et le tribunal arbitral « était valablement saisi » (33).

En raison de la fréquence des interventions administratives dans la réglementation des échanges commerciaux internationaux, et des difficultés qui en découlent pour les trafiquants, le problème s'est souvent posé sous l'angle de la *caducité* de la convention. Il n'est pas rare, en effet, qu'un contrat parfaitement valable à l'origine, se trouve bouleversé dans son économie ou devient impossible à exécuter, soit que les autorisations administratives nécessaires n'aient pu être obtenues (34) ou les licences délivrées (35), ou encore que l'intervention d'organismes, tels que le Fonds d'Orientation et de Réglementation des Marchés Agricoles (F.O.R.M.A.) ait rendu nul un des éléments du contrat (36).

C'est dans de semblables circonstances qu'est précisément intervenu l'arrêt *Gosset*. Mais les décisions postérieures ont, dans un certain sens, précisé sa solution et marqué un progrès.

136. — L'affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire soulevait en effet un autre problème qui n'a pas été envisagé dans l'espèce *Gosset* : l'intervention de l'Administration, soit l'Office National Interprofessionnel des Céréales (O.N.I.C.), le F.O.R.M.A... et l'application de sa réglementation entraînant caducité des conventions qui n'y sont point conformes, revêt en effet le litige d'un aspect particulier qui engage à y voir « une cause intéressant l'ordre public ». Or les *articles* 83 et 1004 du Code de procédure civile interdisent de compromettre sur toute cause « intéressant l'ordre public ».

Cet aspect n'a pas échappé aux plaideurs qui avaient là l'occasion de poser une question très importante : l'arbitrage international est-il soumis aux prohibitions du droit interne résultant du Code de procédure civile ? La question a été soulevée et résolue successivement devant les Cours de Paris et d'Orléans (37).

En 1964, la *Cour de Paris*, dans l'affaire *Meulemans c. Robert*, (38) résout la question par une distinction. En effet : « Si le compromis « est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle « ne signifie pas que tout litige relatif à une convention ou opération « soumise à certains égards à une réglementation présentant un « caractère d'ordre public, se trouve de ce fait soustrait à l'arbitrage ».

En l'occurrence, le tribunal arbitral n'avait fait que « constater

(33) Paris, 21 févr. 1964 préc., *Sté Meulemans c. Robert*, *Clunet*, 1965.113, note Goldman, *Revue*, 1964.543, note Mezger.

(34) Exemple de l'arrêt *Gosset*, Cass., 7 mai 1963 préc.

(35) Exemple de Paris, 21 févr. 1964 préc.

(36) Le prix par exemple : Orléans, 15 févr. 1966, D., 1966.340.

(37) Un problème analogue a été soulevé s'agissant d'apprécier la « capacité » de l'Etat à compromettre ; cf. *infra*, n° 144.

(38) 21 févr. 1964 préc., *Clunet*, 1965.113, note Goldman.

« une situation de fait sans prendre de décisions contraires à la réglementation française, et sans même interpréter les mesures prises par l'Office National Interprofessionnel des Céréales » : il n'avait donc pas « touché à l'ordre public français ».

Le critère de la distinction semble donc reposer sur l'absence de violation de l'ordre public, tant dans la demande formée devant les arbitres, que dans la sentence de ces derniers (39). L'arbitrage international n'est donc pas, dans cette jurisprudence, soustrait en tant que tel, aux textes du Code de procédure français.

Un progrès en ce sens est réalisé par la Cour d'Orléans, la cour même qui, le 15 mai 1961 (40), avait affirmé que « le compromis est nul chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public », retient au contraire que « s'il est interdit aux termes de l'article 83 et 1004 Code procédure civile de compromettre sur toute cause intéressant l'ordre public, un compromis n'est pas nul du seul fait que le litige est relatif à une convention soumise à certains égards à une réglementation impérative, la nullité du contrat tenant à des motifs d'ordre public donnant elle-même naissance, pour le règlement des conséquences de cette nullité, à des litiges quant aux restitutions ou aux dommages et intérêts sur lesquels il n'est pas interdit aux parties de compromettre, la responsabilité éventuelle de l'une ou l'autre dans la conclusion du contrat nul ou la garantie promise en cas d'inexécution ne mettant en œuvre aucune règle impérative d'ordre public » (41).

M. J. Robert (42) rapproche cette décision de la doctrine de l'arrêt « *Gani Nicolet* » (43), et l'interprète, en l'approuvant, en ce sens que « on débouche unanimement sur une notion précise de l'influence de l'ordre public dans la validité du compromis ».

Nous estimons pour notre part que la Cour d'Orléans va plus loin car, dans les motifs ci-dessus rapportés de sa décision, elle insiste pour donner à la compétence arbitrale une justification d'une ampleur telle que, raisonnablement, cette compétence doit échapper à toute prohibition d'origine interne.

137. — La voie était ainsi ouverte à l'affirmation d'une nouvelle règle favorable et spécifique à l'arbitrage international. Elle a été suivie par la *Cour d'appel de Paris*, dans une affaire *Sté Impex c. Sté Malteria Tirrena*, jugeant, le 20 juin 1969 (44) que « la prohibition des articles 83 et 1004 Code de procédure civile [dont arguait la Sté Impex] est d'ordre public interne et ne met pas obstacle au recours au compromis dès lors que le contrat revêt le caractère international ».

(39) Voir note approbative GOLDMAN, *Clunet*, 1965, p. 119.

(40) *Clunet*, 1962.140, note Goldman.

(41) Orléans, 15 févr. 1966, *Sté J. Tardits*, préc.

(42) Note au D., 1966.342.

(43) Cass. com., 27 juin 1956, *Bull.*, 1956.III, n° 196, p. 164.

(44) *Revue*, 1969.738, note Mezger ; *Clunet*, 1971.118, note B. Oppetit.

Certes, la Cour prend soin de relever « au surplus », que le litige soumis à la Chambre arbitrale de Paris portait uniquement sur les responsabilités pécuniaires de l'inexécution du contrat.

On n'en peut cependant pas moins remarquer avec M. Mezger qu'il y a là « une extension hardie de la thèse de l'arrêt rendu ... dans l'affaire *Galakis* » (45). Le même auteur estime cette extension « défendable », « souhaitable » même, mais qu'« avant de la considérer comme acquise, il faudra attendre un arrêt de la Cour de cassation ».

Ce n'est pas un, mais trois arrêts de la Cour de cassation qui sont venus apporter cette confirmation. Particulièrement, l'arrêt rendu dans l'affaire *Sté Impex c. Sté Malleria Adriatica* approuve la Cour d'appel qui « constate que l'accord compromissoire litigieux « soumet à la juridiction des chambres arbitrales désignées « toute « contestation survenant à l'occasion de la présente affaire, même « celle concernant son existence et sa validité », [qui a] justement « reconnu le caractère international à l'accord compromissoire relatif à l'exécution de contrats qui ont pour objet l'exportation..., « mettant « ainsi en jeu des intérêts du commerce international » « [d'avoir] non moins justement décidé qu'en vertu dudit accord « compromissoire, juridiquement autonome en droit international « privé français, les chambres arbitrales ont exclusivement qualité « pour statuer sur les litiges entrant dans le cadre de la mission qui « leur a été conférée..., [car] en toute hypothèse, la juridiction arbitrale est compétente pour statuer sur l'inexécution des marchés « litigieux... » (trois arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 1971, rendus dans les affaires opposant la *Sté Impex* aux *Stés Malleria Adriatica*, *Malleria Tirrena* et *P.A.Z.* (46)).

Indépendamment de ce point particulier, il résulte de la jurisprudence analysée que l'accord compromissoire n'apparaît pas comme un morceau détachable du contrat principal, mais comme une véritable convention juridiquement distincte (47).

La solution est-elle encore valable, s'agissant, non plus d'une caducité du contrat résultant de la survenance accidentelle d'un élément de fait ou de droit, et empêchant son exécution, mais d'une

(45) Relatif à la « capacité » de l'Etat à compromettre (cf. *infra*, n° 147), note préc. de M. Mezger, p. 749.

(46) Les deux premiers arrêts rapportés au D.S., 1972.J.37, note D. Alexandre, à la *Revue*, 1972.124, note E. Mezger, et les trois au *Clunet*, 1972.62, note B. Oppetit qui, tout en soulignant l'indéniable intérêt de ces décisions très attendues, note cependant que, en dépit de sa netteté, la confirmation « se place peut-être légèrement en retrait des décisions des Cours de Colmar [cf. *infra*, n° 141, note 67] et de Paris ». Particulièrement, en ce qui concerne l'affirmation — que nous avons reproduite — de la Cour de Paris, qui semble cantonner au seul arbitrage interne l'interdiction de compromettre sur une matière d'ordre public, « la Cour de cassation n'a pas confirmé ce motif audacieux et elle s'est contentée de l'écarter comme surabondant, encore que l'on ne puisse en déduire avec certitude que le motif critiqué contenait une erreur de droit... » (note préc., p. 66, 67).

(47) En ce sens : B. GOLDMAN, note au *J.C.P.*, 1963.II.13405.

nullité initiale qui affecte l'accord dès l'origine ? Ou bien faut-il voir là la réunion des « circonstances exceptionnelles » réservées par l'arrêt *Gosset* ?

138. — *b) Nullité initiale.* — Quelques doutes que l'on ait pu avoir à ce sujet, la jurisprudence a maintenu, dans cette hypothèse la solution précédemment dégagée.

Il en a été ainsi dans l'affaire soumise au Tribunal de grande instance de la Seine, le 16 juin 1965 (48), affaire dans laquelle l'objet même du contrat était illicite : le tribunal se déclare incompétent pour statuer sur la demande en nullité et, relevant que « la commune « intention des parties a été de soumettre à l'arbitrage, en application « de la clause compromissoire, l'ensemble des difficultés nées du « contrat à l'occasion tant de son interprétation que de son exécution », fonde sa décision sur les termes mêmes de l'arrêt *Gosset*.

La Cour de Paris, dans l'arrêt *Sté Impex* (49) ne pouvait davantage échapper au problème car l'accord — portant sur l'acheminement d'un transport de céréales de France en Italie — prévoyait que cet acheminement se ferait par un pays extérieur à la C.E.E., ce qui constituait une manœuvre illicite, destinée à permettre à la société exportatrice « de se ménager une source de profit personnel par la « perception de « restitutions pays tiers ».

Certes, la Cour d'appel semble avoir circonscrit l'illicéité aux modalités d'exécution du contrat, sans l'étendre au contrat en son entier ; elle n'en a pas moins, en termes très nets, posé le principe de l'autonomie et de la validité de l'arbitrage (50).

Aucune de ces décisions inspirées de la doctrine de l'arrêt *Gosset*, et connaissant la réserve qu'elle contenait, n'a donc estimé être en présence de « circonstances exceptionnelles ».

139. — L'hypothèse ne s'est cependant pas encore présentée, dans la jurisprudence française, du contrat infecté par l'incapacité ou le vice du consentement, nouvelles causes de nullité initiale. La question a été soulevée devant les juridictions américaines, dont la jurisprudence mérite d'être rapprochée des arrêts français, dans la mesure où elle évolue également « vers la consécration de l'autonomie de la clause compromissoire » (51).

La Cour suprême des Etats-Unis, le 12 juin 1967 (52), après le précédent controversé que constituait l'arrêt *Robert Lawrence Co* (53) a affirmé, malgré l'allégation de nullité pour dol, la validité

(48) Trib. gr. inst. Seine, 16 juin 1965, *S.A.T.I.*, *Gaz. Pal.*, 1965.2.428.

(49) 20 juin 1969, préc.

(50) Voir l'analyse de cet arrêt, *supra*, n° 137.

(51) Titre de E. MEZGER, « Vers la consécration aux U.S.A. de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international », *Revue*, 1968.25 et s.

(52) *Prima Paint Corporation*, *Revue*, 1968.91 — 388 U.S. 395.

(53) C.A. 2^e Circuit 1959 : cf. E. MEZGER, *Revue*, 1968, p. 28.

d'une convention arbitrale (54) : « En cas de demande fondée sur « ce que la *convention arbitrale même a été obtenue par dol*, le litige « concerne le fait de la *conclusion de la convention arbitrale*, et la « juridiction fédérale doit en connaître. Mais les termes de la loi (55) « ne permettent pas à la juridiction fédérale d'examiner les demandes « fondées sur le *dol commis lors de la conclusion du contrat en général* ».

Semblable solution devrait, logiquement, être adoptée le cas échéant par les juridictions françaises car, bien que M. Mezger en ait salué la nouveauté (56) par rapport à l'arrêt *Gosset*, elle s'inscrit dans le prolongement nécessaire des principes tendant à faire respecter la convention d'arbitrage par l'affirmation de son autonomie.

140. — La jurisprudence semble avoir cependant posé deux conditions à défaut desquelles l'autonomie n'existe plus et cesse le régime de faveur fait à l'arbitrage.

Ce sont tout d'abord, condition négative que nous rappelons ici pour la préciser, les « circonstances exceptionnelles » auxquelles fait allusion la Cour de cassation en 1963.

Nous avons vu que, selon l'orientation prise par la jurisprudence, ces circonstances ne résideront pas *ipso facto*, dans l'existence d'une cause de nullité affectant l'accord dès l'origine (57). L'incapacité, le vice du consentement, le défaut de pouvoirs ... peuvent certes entacher l'accord compromissoire et le contrat principal. Mais cette cause de nullité devra être considérée distinctement, car nous sommes en présence de *deux conventions*, ainsi que l'illustre très bien l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1967 (58). Le cas échéant, les nullités pourront coïncider, mais « cette coïncidence ne s'imposera pas toujours » (59).

Ces hypothèses ne pouvant donc mettre en cause le principe de l'autonomie de la clause compromissoire, il demeure le cas où la volonté expresse des parties aurait voulu « souder la clause à l'acte juridique auquel elle a trait » (60).

Le domaine des circonstances exceptionnelles paraît ainsi restreint, sinon de nature théorique, et ne semble pas devoir sérieusement remettre en question l'autonomie de l'accord arbitral.

141. — De façon plus positive, la solution jurisprudentielle n'est toutefois valable qu'autant qu'il s'agit d'un « *arbitrage inter-*

(54) A la différence de la jurisprudence française, la jurisprudence des Etats-Unis n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le cas de nullité pour illégalité.

(55) Loi fédérale sur l'arbitrage de 1925, art. 4.

(56) Chron. préc., *Revue*, 1968, p. 36.

(57) Cf. *supra*, n° 138.

(58) *Prima Paint Corporation*, cité *supra*, n° 139.

(59) En ce sens, B. GOLDMAN, note *J.C.P.*, 1963.II.13405.

(60) En ce sens, MOTULSKY, note *Revue*, 1963, p. 623.

national » : elle ne joue pas pour les arbitrages « étrangers », encore moins « internes ».

C'est en ce sens que la doctrine dominante interprète l'arrêt *Gosset* : « Si la sentence a été rendue en vertu d'un accord compromissoire soumis à une loi étrangère qui n'en admet pas l'autonomie, et à propos d'un contrat purement interne soumis à cette même loi, le juge français de l'exequatur devrait appliquer la loi étrangère, sans pouvoir détacher l'accord compromissoire du contrat, pour le valider » (61). Inversement, il importe peu que la loi française soit expressément appelée à régir la convention des parties, dès lors que l'arbitrage apparaît comme international (62).

Cette interprétation nous semble conforme au sens véritable de la jurisprudence ; elle est, à vrai dire, la seule qui justifie la solution (63).

Il reste à savoir quand il y aura « arbitrage international », qualification de nature à justifier la reconnaissance de l'autonomie de l'accord compromissoire.

M. Goldman estime que le caractère international de l'arbitrage peut provenir, tant de sa procédure que de son objet et, en note sous l'arrêt *Gosset* (64), pose que « pour la Chambre civile, l'arbitrage litigieux était international pour la raison nécessaire et suffisante que sa matière l'était » (65).

Cette vue a reçu confirmation de la Cour de Paris (66), qui fait dépendre le caractère international de l'arbitrage « du seul fait « que la matière soumise aux arbitres est internationale c'est-à-dire « que le marché, objet du litige, mette en jeu des intérêts du commerce international... » (67).

(61) B. GOLDMAN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Arbitrage (*Droit international privé*), n° 54.

(62) *Id.*, et, de manière générale, pour une distinction de critères et de régime des arbitrages « étrangers » et « internationaux », voir les notes de MM. J. ROBERT, D., 1971.347, not. p. 351 et s. (sous l'arrêt de la Cour de Paris du 5 juin 1970), et B. OPPEIT, *Clunet*, 1972.621, not. p. 623 et s. (sous l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janv. 1972).

(63) Elle a cependant été contestée, sans raison décisive, par MM. LOUSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, p. 96, n° 81, qui estiment que « la règle posée par l'arrêt *Gosset* est applicable à tous les arbitrages qui échappent à l'ordre interne ».

(64) *J.C.P.*, 1963.II.13405.

(65) Voir également B. GOLDMAN, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 119, spéc. p. 122, et P. FOUCARD, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Rev. arb.*, 1970, n° 2.

(66) Paris, 20 juin 1969, préc., *Sté Impex c. Sté Malleria Tirrena*.

(67) La solution et sa motivation se trouvent déjà exprimées dans l'arrêt très intéressant de la Cour de Colmar du 29 novembre 1968, solution et motivation approuvées par MM. OPPEIT et LEVEL (*J.C.P.*, 1970.II.16246) qui font état de l'importante controverse doctrinale (*Sté Impex c. Sté Malleria Adriatica*, *Rev. arb.*, 1968.149). Le pourvoi contre cette décision, ainsi que celui formé contre l'arrêt précité de la Cour de Paris, ont été rejetés par deux des trois importants arrêts rendus par la Cour de cassation le 18 mai 1971 (cf. *supra*, n° 137). Mais on a pu relever que la Cour de cassation « ne reprend pas à son

Ainsi, « l'autonomie de l'accord compromissoire n'est pas une règle de conflit, mais une règle matérielle de droit international privé propre à l'arbitrage international et ne laissant point place à l'application, par le juge français, d'une loi étrangère, même compétente, qui subordonnerait l'accord compromissoire au contrat principal » (68).

142. — Force est donc de constater que, sensible encore cette fois aux nécessités du commerce international, et dans l'unique but de faciliter la conclusion, l'interprétation et le respect des contrats internationaux, la jurisprudence a forgé une règle différente par son contenu des principes reçus en droit interne, une règle de droit international privé matériel propre aux relations internationales (69).

compte l'affirmation selon laquelle la seule mise en jeu des intérêts du commerce international par le marché objet du litige, *suffit* à conférer à l'arbitrage un caractère international, sans qu'il soit nécessaire de rechercher des éléments d'extranéité : ce faisant, la Cour de cassation se réserve peut-être de soumettre à d'autres exigences la définition de l'arbitrage international... » (note B. OPPE-
TIT, *Clunet*, 1972, p. 66).

(68) B. GOLDMAN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o Arbitrage (*Droit international privé*), n^o 36.

(69) Cette solution s'oppose donc à celle qui s'est dégagée relativement à la validité de la clause compromissoire proprement dite. Sur ce dernier point, la jurisprudence raisonne en termes de conflits de lois, soumettant la question de la validité de la clause à la loi la régissant — dans la mesure où cette loi est distincte de celle régissant le contrat principal (cf., mais avant l'arrêt *Gosset*, BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n^o 757).

La jurisprudence se borne à estimer que la prohibition en matière civile, de la clause compromissoire, n'est que d'ordre public interne résultant de l'article 1006 du Code de procédure civile : voir, pour cette affirmation, la loi du 31 décembre 1925 n'étant pas applicable en la cause, les arrêts *Mardelé*, Cass. civ., 19 févr. 1930 (D.H., 1930.228) et *Dambricourt*, Cass. civ., 27 janv. 1931 (S., 1933.1.41, note Niboyet).

Plus récemment, et dans le cas où le contrat n'est commercial qu'à l'égard d'une partie, voir Paris, 26 oct. 1962, *Coopérative agricole de stockage et de vente de céréales de la région de Maisse* (*Revue*, 1965.535, note H. B.) : « L'interdiction « de principe des clauses compromissoires en matière civile comme en matière « mixte en raison des termes stricts de l'article 1006 du Code de procédure civile « n'est pas d'ordre public dans les rapports de commerce internationaux... qu'il « importe donc seulement de savoir quelle est... la loi applicable au litige ».

Ici, le pas n'a pas été franchi, qui consistait à affirmer le principe de la validité de la clause compromissoire dans tous les litiges relatifs à des contrats internationaux, indépendamment de la loi applicable.

Il en va de même s'agissant de l'obligation, connue en droit interne, de motiver les sentences (arrêts *Elmassian*, Cass. civ., 14 juin 1960, *Revue*, 1960.393) et *Gerslè*, Cass. civ., 22 nov. 1966, *Revue*, 1967.372, note P. Francescakis).

Cependant, la Cour de Paris, dans un arrêt *Hecht c. Sté Buisman's* du 19 juin 1970 (*Revue*, 1971.692, note P. Level; *Clunet*, 1971.833, note B. Oppetit; *J.C.P.*, 1971.II.16927, note B. Goldman), en admettant que « dans un tel « contrat [international], les parties ont la faculté de convenir des stipulations « de leur choix... », a validé, malgré la référence explicite à la loi française qui prohibait la clause, l'accord compromissoire des parties : il semblerait y avoir ici encore « une règle française substantielle qui admet la validité de la clause arbitrale dans les hypothèses où le droit interne l'invalide... parce que, en matière internationale, une telle clause doit recevoir effet » (P. LEVEL, note préc., p. 698).

C. — « CAPACITÉ » DE L'ÉTAT À COMPROMETTRE.

143. — De la combinaison des *articles* 83 et 1004 du Code de procédure civile, il résulte que les contestations qui concernent l'Etat, le Domaine, les communes et les établissements publics, étant sujettes à communication au Ministère public, sont soustraites à l'arbitrage.

On en a déduit que l'Etat français ni les établissements publics ne pouvaient compromettre, même dans les litiges relevant de la compétence des tribunaux de commerce (70).

Cette solution présente cependant de nombreux inconvénients lorsque l'Etat, dans des conditions analogues à celles des particuliers, contracte hors du cadre national. Les contrats internationaux, maritimes notamment, tels les chartes-parties d'affrètement de navires, contiennent habituellement des clauses compromissaires. Contractant de mauvaise foi, l'Etat français s'est retranché derrière ses prohibitions internes pour refuser de se soumettre à l'arbitrage, soulevant ainsi le problème de savoir si l'interdiction faite, dans l'ordre interne, à l'Etat de compromettre, subsistait dans le cadre de contrats internationaux. La jurisprudence a répondu négativement à cette question.

144. — Son premier apport positif consiste à poser en principe que la prohibition des *articles* 83 et 1004 du Code de procédure civile était d'*ordre public interne*, et se trouvait sans application aux contrats internationaux passés par l'Etat français (71).

Cette solution ne s'est pas imposée facilement aux tribunaux (72). Elle a cependant été consacrée par la juridiction suprême et motivée de façon très opportune par certaines juridictions, telle la Cour

(70) Voir, pour la critique de cette extension, B. GOLDMAN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o Arbitrage, n^o 73.

(71) *Paris*, 10 avr. 1957, *Myrtoon Steamship Co*, *J.C.P.*, 1957.II.10078, note Motulsky ; *Clunet*, 1958.1002, note B. G. ; *Revue*, 1958.120, note Loussouarn ; *D.*, 1958.699, note Robert ; *Rev. intern. dr. comp.*, 1958.665, obs. Hébraud ; *Rev. trim. dr. com.*, 1957.377, obs. Boitard. Dans l'affaire du *San Carlo* : *Aix*, 5 mai 1959, *Clunet*, 1960.1076, obs. Sialelli ; *Rev. trim. dr. com.*, 1959.875, obs. Boitard ; et sur pourvoi, *Cass. civ. 1^{re}*, 14 avr. 1964, *Clunet*, 1965.646, note Goldman ; *D.*, 1964.637, note J. Robert ; *Revue*, 1966.69, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1965.II.14406, note P. L. Dans l'affaire *Galakis* : *Paris*, 21 févr. 1961, *Rev. arb.*, 1961.18, *Clunet*, 1963.156, obs. Sialelli ; *Rev. trim. dr. com.*, 1961.351, obs. Boitard ; et sur pourvoi, *Cass. civ. 1^{re}*, 2 mai 1966, *Revue*, 1967.553, note B. Goldman ; *Clunet*, 1966.648, note P. Level ; *D.*, 1966.575, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1966.II.14798, note Ligneau ; *Rev. trim. dr. com.*, 1966.763, obs. Loussouarn.

(72) Ainsi la Cour d'Aix, en 1959, arrêt précité, infirme le jugement qui lui était déféré. De même le Tribunal de grande instance de la Seine, le 25 juin 1959, dans l'affaire *Galakis* (*Clunet*, 1960.488, obs. Sialelli) a estimé que l'interdiction des *articles* 83 et 1004 du Code de procédure civile présentait un caractère d'ordre public et que ces dispositions combinées « ne comportaient aucune exception » : décision infirmée par *Paris*, 21 févr. 1961, préc.

d'Aix-en-Provence (73) : « Il y a lieu... d'admettre avec la Cour de Paris (arrêt du 10 avril 1957) qu'il serait inopportun de l'appliquer [la prohibition] dans les conventions ayant un caractère international; qu'il serait même contraire aux intérêts de l'Etat de défendre à ses représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international; qu'en tout cas une telle pratique ne pourrait manquer de créer un préjugé défavorable susceptible d'évincer l'Etat et les établissements publics de certains marchés intéressants ».

Les arguments d'opportunité ne suffisant pas, quelle base juridique allait-elle être donnée à la capacité de l'Etat à compromettre ? Une formule telle que celle employée par la Cour de Paris, en 1957, dans l'arrêt *Myrtoon Steamship*, (74) offrait à la jurisprudence l'occasion de consacrer une solution matérielle, analogue à celle dégagée en matière de clauses valeur-or (75) et validant, dans tous les cas, sans considération d'une quelconque loi applicable, le compromis étatique. Si tel est bien le dernier état du droit positif, la jurisprudence a cependant, dans un premier temps, posé la question en termes de conflits de lois.

145. — La jurisprudence faisant dépendre la validité de la clause compromissoire signée par le représentant de l'Etat de la loi applicable au fond, le problème, lié à la qualification, se posait de savoir quelle était cette loi : loi « personnelle » de l'Etat ou loi contractuelle ?

a) Quelques rares décisions, voyant là une question de capacité, se prononcèrent en faveur de la loi « personnelle » de l'Etat (76), et l'arrêt *Myrtoon Steamship* de la Cour de Paris du 10 avril 1957 (77) a été sollicité en ce sens (78). Interprétation à première vue assez surprenante puisque la Cour, après avoir relevé que le contrat passé par l'Etat était « un contrat de droit privé pour lequel les parties avaient la possibilité de se soumettre à une loi étrangère... », énonce que « la clause compromissoire est valable dans les contrats internationaux, lorsque, comme la loi anglaise, la législation applicable à ces contrats n'édicte à son égard aucune prohibition », paraissant ainsi se prononcer nettement pour une qualification — donc un rattachement — de nature contractuelle.

Il faut en réalité voir dans ces interprétations l'expression du

(73) *San Carlo*, 5 mai 1959, préc.

(74) « La prohibition est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international » : Paris, 10 avr. 1957, préc.

(75) Voir *supra*, n° 130.

(76) Cf. Trib. gr. inst. Seine, 7 juill. 1955, concluant que, sur la base de l'art. 69 de la loi du 21 avr. 1906, le compromis devait être autorisé par décr. : infirmé par Paris, 10 avr. 1957, préc.

(77) *Revue*, 1958.120, note Loussouarn.

(78) Voir notes de MM. Motulsky, *J.C.P.*, 1957.II.10078 et Loussouarn, *Revue*, 1958.120.

vœu d'une certaine doctrine encline à penser « qu'il s'agit non de la validité de la clause compromissoire, mais d'une question de capacité à contracter, traditionnellement soumise par la jurisprudence française à la loi personnelle du contractant » (79).

La majorité des auteurs a cependant critiqué cette qualification « capacité », et accueilli favorablement (80) le point final qu'apporte à ces errements l'arrêt *San Carlo* de la 1^{re} Chambre civile, selon laquelle : « L'interdiction faite à l'Etat et aux établissements publics de recourir à l'arbitrage sauf dans des conditions particulières, ne soulevait pas un problème de capacité au sens de l'article 3, paragraphe 3 du Code civil » (81).

b) La jurisprudence s'est donc tournée vers l'application de la loi contractuelle, faisant ainsi dépendre la validité de l'arbitrage de la loi applicable au contrat principal.

Outre les arrêts de la Cour de Paris (82), cette solution est consacrée par l'arrêt *San Carlo* de la Cour de cassation du 14 avril 1964, arrêt qui fait découler du caractère d'ordre public interne des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile, la possibilité pour l'Etat de soumettre « la convention de droit privé qu'il passe à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire, lorsque le contrat revêt le caractère d'un contrat international », analysant donc l'interdiction comme une incapacité spéciale.

La formule résultant ainsi de la double affirmation que les textes du Code de procédure sont d'ordre public purement interne, d'une part, que la validité de l'arbitrage dépend de la loi applicable au contrat, d'autre part, est tout à fait conforme à celle qui s'est dégagée de la jurisprudence *Dambricourt* (83) s'agissant de la validité de la clause compromissoire (84).

146. — La solution a cependant fait l'objet de critiques, non seulement de ceux qui estimaient mal résolue la question de qualification, mais aussi de ceux qui, déçus dans leur espoir de voir la Cour de cassation consacrer une solution indépendante de tout conflit de lois, n'ont pas hésité à stigmatiser le « conservatisme excessif » d'une jurisprudence « littéralement rétrograde » (85).

Cette jurisprudence leur a paru soulever le point de savoir « si la Cour de cassation en renonçant à consacrer une règle substantielle fondée sur les exigences propres du commerce international admettant à tout arbitrage international des personnes morales de droit

(79) LOUSSOUARN, note préc., *Revue*, 1958.120.

(80) Voir note Batiffol, *Revue*, 1966.69.

(81) Cass. civ. 1^{re}, 14 avr. 1964, *Clunet*, 1965.646, note Goldman, préc.

(82) Paris, 10 avr. 1957 et 21 févr. 1961, préc.

(83) Cass. civ., 27 janv. 1931, S., 1933.1.41, note Niboyet, préc. Voir, pour le rapprochement, *supra*, n° 142, note 69.

(84) En ce sens, cf. BATIFFOL, note, *Revue*, 1966.69.

(85) Note B. Goldman, *Clunet*, 1965.646, spéc. p. 650.

public, n'a pas fait une application à tout le moins inappropriée de la théorie des conflits de lois dans l'espace» (86).

On a surtout fait valoir, à l'encontre de cette jurisprudence, deux arguments d'ordre pratique : en premier lieu, la validité de la clause s'appréciant en fonction du contenu de la loi applicable au contrat, il s'ensuivra de fâcheuses divergences de traitement, ôtant « toute cohésion au régime juridique de la clause compromissoire dans les contrats internationaux ». Par ailleurs, la clause demeurera nulle lorsque le contrat sera régi par la loi française, ce qui sera fréquemment le cas s'agissant de contrats passés par l'Etat français (87).

A-t-il été répondu à ces critiques dans la dernière évolution, à propos de l'affaire *Galakis*, de la jurisprudence de la Cour de cassation ?

147. — Bien que l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 5 mai 1959 soit, à bien des égards, notable, surtout en ce que la Cour affirme la validité de l'arbitrage sans la fonder sur une quelconque loi étatique applicable en la cause (88), il faut attendre l'arrêt *Trésor Public c. Galakis* de la Cour de cassation (89), pour que soient levées les hésitations antérieures.

Dans cette affaire, le Gouvernement français avait refusé de participer à l'arbitrage organisé, à Londres, sur la base de l'accord compromissoire contenu dans la charte-partie conclue, en 1960, entre l'Etat et un armateur grec.

Sur l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, le Tribunal de la Seine, le 25 juin 1959 (90) invalide la clause. La Cour d'appel de Paris, le 21 février 1961, dans des termes analogues à ceux que cette même juridiction avait utilisés en 1957 dans l'affaire *Myrtoon Steamship*, réforme le jugement. La Cour de cassation rejette le pourvoi, car la Cour d'appel « avait seulement à se prononcer sur le « point de savoir si cette règle édictée pour les contrats internes, « devait s'appliquer également à un contrat international passé pour « les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce « maritime » et a décidé justement « que la prohibition susvisée n'est « pas applicable à un tel contrat ».

Ainsi, la différence de rédaction entre les arrêts *San Carlo* et *Galakis* de la Cour de cassation, par simple omission dans le second de toute référence à la loi du contrat, a marqué la naissance d'une nouvelle règle de droit international privé matériel. Cet apport au droit de l'arbitrage international de même que la référence faite aux

(86) Note signée P. L., *J.C.P.*, 1965.II.14406.

(87) Voir pour ces critiques B. GOLDMAN, note *Clunet*, 1965.646 et *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Arbitrage, nos 80 et s.

(88) *Clunet*, 1960.1076, obs. Sialelli.

(89) Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Revue*, 1967.553, note Goldman ; *Clunet*, 1966.648, note P. Level.

(90) Préc.

usages et besoins du commerce international ont été favorablement accueillis, notamment par MM. Goldman et Level qui avaient souhaité cette évolution (91).

M. J. Robert y a vu le signe que, de nouveau, en matière d'arbitrage, « la notion de loi régresse constamment au bénéfice de celle de contrat » (92).

Peut-on tirer de ces exemples quelques constantes de l'évolution jurisprudentielle ?

§ 2. — Systématisation du processus

148. — La jurisprudence *Gosset* est un exemple dans lequel la méthode matérielle est empruntée *ab initio*, la règle d'autonomie de l'accord compromissaire étant affirmée de façon absolue, et sans relation avec le système de conflit de lois.

Il arrive cependant plus souvent que les juges commencent par raisonner en termes de conflits de lois. Mais, désireux d'atteindre un résultat qu'ils estiment juste, ils se trouvent fréquemment dans la nécessité d'adapter les solutions que fournit la méthode conflictuelle, au prix d'une déformation de cette dernière. On assiste ainsi, pour reprendre l'expression de M. Level qui les a caractérisés, à des phénomènes de « forçement des mécanismes de conflit » (93), conduisant plus ou moins inéluctablement à un abandon de la méthode conflictuelle au profit de l'adoption d'un règlement direct et matériel adapté au plan international (94).

Analysant ces exemples, en nombre malgré tout encore limité, que fournit la jurisprudence, on perçoit ainsi que la règle de droit matériel peut trouver son origine, soit dans une sollicitation assez poussée du rattachement, soit dans le jeu de l'exception d'ordre public.

(91) Voir notes préc. : B. GOLDMAN, *Revue*, 1967.553 et P. LEVEL, *Clunet*, 1966.648.

(92) D., 1966.575. Cf. DEHAUSSY, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Arbitrage (Droit international public) rapprochant opportunément cette solution jurisprudentielle de celle adoptée par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 1961, article III, qui admet, toutefois, la possibilité de réserve pour les Etats contractants (texte de cette Convention à la *Revue*, 1961.430 ; la Convention ainsi que l'arrangement du 11 déc. 1962 relatif à son application ont été publiés, en France, par décr. du 26 janv. 1968, *J.O.* du 9 févr. 1968).

(93) P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 209 et s., p. 222.

(94) Voir, pour la constatation de ces étapes, « presque vraies chronologiquement » : B. GOLDMAN, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, préc., p. 124.

A. — SOLLICITATION DU RATTACHEMENT.

149. — L'infléchissement des solutions classiques peut, et a pu, se produire au niveau des *qualifications*. L'exemple en est apporté de façon frappante, par le problème de la « capacité » de l'Etat à compromettre.

Alors que la qualification était discutée en doctrine, la Cour de cassation, dans l'arrêt *San Carlo* du 14 avril 1964 (95) a clairement repoussé la thèse qui l'engageait à y voir une question de capacité, pour faire dépendre de la loi applicable au contrat la solution du litige.

Bien que l'on ait, de façon générale, estimé souhaitable le rattachement à la loi du contrat de la faculté de compromettre (96), l'application de cette solution au cas d'espèce, s'agissant de l'Etat, a soulevé des critiques. Il y avait là, en effet, à vouloir raisonner en termes de conflit de lois, plutôt une question de compétence, de pouvoirs de l'Etat et des établissements publics qu'une incapacité spéciale soumise comme telle à la loi d'autonomie (97).

On a également trouvé choquant, sur un plan théorique (98), que la solution soit abandonnée aux dispositions d'une loi étrangère qui n'a pu envisager de régler la compétence des Etats étrangers.

Aussi, dans l'affaire du *San Carlo*, l'utilisation de la technique des conflits de lois est-elle apparue contestable « ne serait-ce que parce qu'elle force un peu les qualifications » (99).

« Ce rattachement discutable — estiment MM. Loussouarn et Bredin (100) — ne peut guère s'expliquer que par le souci d'écarter l'interdiction résultant, en droit français, de la combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile dans une hypothèse où la loi étrangère régissant le contrat n'édicte pas de prohibition analogue. C'est dire que la solution posée en termes de conflits de lois était dictée par la considération du caractère inadapté de l'interdiction faite à l'Etat de compromettre, au plan des relations commerciales internationales » (101).

150. — Cette même considération du résultat souhaitable explicite, dans des circonstances au moins aussi contestables, la « sollicitation assez poussée de la loi d'autonomie » (102) qui résulte de la jurisprudence dans l'affaire des *Messageries Maritimes*.

(95) D., 1964.637, préc.

(96) Cf. GOLDMAN, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil*, n° 109, 1963.II, p. 353 et s.

(97) Voir en ce sens, H. BATIFFOL, note, *Revue*, 1966.69.

(98) Il faut ajouter les critiques plus pratiques, qui ont été rappelées *supra*, n° 146.

(99) P. LEVEL, *Clunet*, 1966.648.

(100) *Droit du commerce international*, p. 24, n° 9.

(101) Raisonement repris par la Cour d'Aix, 5 mai 1959, *Clunet*, 1960.1076.

(102) P. LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, préc.

Alors que l'emprunt émis en 1927 par les services contractuels des Messageries, principalement au Canada, avait été, en 1950, considéré comme soumis à la loi canadienne dont les dispositions prohibitives avaient cependant été écartées au nom de l'ordre public international français, le même emprunt est, en 1964, soumis à la loi française — du moins quant à l'exécution poursuivie en France, la Cour de cassation se retranchant cette fois derrière l'interprétation souveraine de l'intention des parties qui incombait aux juges du fond : « autant dire qu'indépendamment de la loi d'autonomie ainsi désignée, tout contrat est soumis à la loi ou aux lois du ou des pays où le créancier pourrait trouver des tribunaux compétents pour faire condamner le débiteur à l'exécuter » (103).

Nous avons vu (104) que le sens de cette décision était discutable, que l'on peut notamment se demander si elle réalise un progrès ou marque un recul dans la voie de l'affirmation d'une règle de droit matériel propre aux relations internationales : la critique de l'arrêt sous l'angle de l'utilisation qu'il a faite de la loi d'autonomie ne résout pas mais confirme cette alternative. Car, si l'on peut voir dans cette volonté délibérée de rattacher, quels qu'en soient les obstacles, le litige à la loi française un indice du refus de la Cour de cassation à poursuivre dans la voie de l'arrêt de 1950, on peut également supposer que l'incontestable malaise que l'on y décèle dans l'utilisation des règles de rattachement annonce le point de rupture d'où surgira une véritable règle de droit matériel.

Si l'on excepte cette décision, la jurisprudence a cependant plutôt tendance à rechercher, en « sollicitant » la loi d'autonomie, l'application d'une loi étrangère plus libérale que la nôtre. Cette application risque toutefois de se heurter à l'exception d'ordre public. L'utilisation que la jurisprudence a faite de cet obstacle doit à présent être soulignée car, par un nouveau « forçement » des procédés classiques, sont apparues des solutions originales menant directement à l'élaboration d'un règlement substantiel des litiges.

B. — CONTENU ET UTILISATION DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC.

151. — Seul « l'ordre public international », par opposition à « l'ordre public interne » peut faire obstacle à l'application des lois étrangères contrariant ses exigences. Le jeu de cette exception, excluant la loi étrangère cependant compétente, a pour résultat de créer un « vide législatif » que les tribunaux emplissent d'instinct

(103) Note critique de B. Goldman sous l'arrêt du 29 oct. 1964, *Clunet*, 1965.637, préc.

(104) Cf. *supra*, n° 132.

par application de la *lex fori* dont la vocation générale et subsidiaire s'affirme ici (105).

Sur le contenu comme sur les effets de l'exception d'ordre public, la jurisprudence a accentué, forcé même, les mécanismes classiques.

152. — 1° L'ordre public entendu au sens du droit international privé est nettement plus restreint dans ses exigences que l'ordre public au sens du droit interne, de sorte que leurs domaines ne coïncident pas. Aussi bien les règles impératives du droit interne ne forment-elles pas inéluctablement la substance de l'ordre public au sens du droit international privé (106).

Du moins pourrait-on être tenté de déduire une telle coïncidence du caractère particulièrement restrictif que revêtent certaines dispositions, telles les dispositions du Code de procédure civile qui visent à maintenir dans d'étroites limites le recours à l'arbitrage, par rapport à la compétence, jugée normale, des tribunaux judiciaires (107).

Il n'en est rien dans la jurisprudence que nous avons examinée qui, estimant que les *articles* 83, 1003, 1004 (108) et 1006 (109) du Code de procédure civile ne sont pas d'ordre public international, mais d'ordre public interne, a non seulement fait preuve de libéralisme mais également mis l'accent sur le caractère hétérogène de la notion d'ordre public, selon qu'elle s'applique aux relations internes ou internationales.

153. — Mais à cet égard, on peut se demander si la jurisprudence n'a pas introduit une nouvelle notion de l'ordre public « international », par là provoqué une nouvelle cause d'hétérogénéité, en réservant les fruits de son libéralisme aux contrats internationaux proprement dits — ou encore aux arbitrages internationaux —, par opposition aux contrats étrangers — ou aux arbitrages étrangers.

On pourrait interpréter en ce sens l'arrêt précité de la Cour de Paris, du 26 octobre 1962 (110), affirmant que l'*article* 1006 du Code de procédure civile n'est « pas d'ordre public dans les rapports de commerce internationaux ».

L'ordre public ainsi dégagé apparaîtrait comme le premier pas vers la création d'un droit spécifique aux relations internationales

(105) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n^{os} 364, 365.

(106) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n^o 365.

(107) Voir également, pour l'obligation de motiver les sentences : B. GOLDMAN, « Si l'obligation de motiver n'est pas d'ordre public international, on peut se demander quelles règles revêtiront ce caractère » (*Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles du droit matériel dans l'arbitrage commercial international préc.*).

(108) *San Carlo*, Cass., 14 avr. 1964, préc.

(109) *Dambriecourt*, Cass., 27 janv. 1931, préc.

(110) *Coopérative agricole de stockage...*, *Revue*, 1965.535, note H. B.

et, en attendant cet ultime stade, s'affirmerait comme l'émanation d'un « ordre public international commun » (111). Le doyen Lerebours-Pigeonnière semblait conférer ainsi ce caractère à l'ordre public tel que dégagé par l'arrêt des *Messageries Maritimes* de 1950, parce que propre aux rapports internationaux (112).

Certes, M. Goldman soutient que le juge étatique ne peut recourir à un ordre public international commun, qui, ou bien coïncide avec l'ordre public international de son propre ordre juridique — et c'est alors ce dernier qui sera respecté —, ou bien contrarie les exigences de ce dernier. Alors, le respect de l'ordre public international commun ne pourrait s'opérer que grâce à un « dédoublement fonctionnel » du juge, parfaitement contraire à la nature de sa mission : « Le juge statuant dans un litige international devrait en effet se considérer comme chargé de réaliser l'ordre juridique international, et par conséquent *libéré des exigences de l'ordre juridique du for* » (113).

Mais n'est-ce pas précisément la démarche opérée par la jurisprudence, lorsqu'elle affirme que les textes particulièrement impératifs du Code de procédure civile en matière d'arbitrage ne sont pas d'ordre public international dans les rapports du commerce international ? Lorsqu'elle donne à l'Etat la faculté de compromettre, lorsqu'elle rend l'accord compromissaire autonome par rapport au contrat principal, la jurisprudence ne fait en réalité, en considération d'un but qu'elle estime favorable aux relations du commerce international, rien d'autre que « se libérer des exigences de l'ordre juridique du for », exigences qu'elle prend soin de cantonner au domaine des rapports non internationaux.

Ce procédé n'a toutefois pu être mis en œuvre qu'en présence de lois étrangères plus favorables, dont il s'agissait de ne pas entraver l'application : d'où une restriction sensible de la teneur de l'ordre public appelé à jouer à leur encontre. Il fallait un progrès ultérieur pour que la jurisprudence française se dégageât des exigences de l'ordre juridique français dans l'hypothèse où la *loi française* devait recevoir compétence au fond du litige (114).

154. — 2° On reconnaît de façon générale deux effets à l'exception d'ordre public. L'effet négatif consiste dans le refus d'appliquer les dispositions de la loi étrangère contraires à nos concepts fonda-

(111) Voir, contre cette notion d'ordre public international commun qu'elle dénie, la Cour de Paris dans l'arrêt *Banque Ottomane*, 19 mars 1965, *Clunet*, 1966.117, note B. Goldman et *Revue*, 1967.85, note P. Lagarde. Ce refus catégorique a été déploré pour la généralité de ses termes, non pour le fait qu'il était élevé en l'espèce, espèce assez peu favorable, notamment par MM. P. Lagarde (note *Revue*, 1967.85, spéc. p. 109) et P. Louis-Lucas (note *Revue*, 1966.264, spéc. p. 271) celui-ci relevant de nombreux précédents ayant fait utilisation de ce concept.

(112) « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.

(113) Note Goldman sous l'arrêt *Banque ottomane*, *Clunet*, 1966, spéc. p. 137.

(114) Voir *infra*, n° 155.

mentaux. L'effet positif emporte la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère, dans les strictes limites de ce qui est nécessaire au respect des exigences de notre ordre public et à la cohérence de l'application de la loi du for.

Le second phénomène dont nous désirons ici faire état est une adaptation quelque peu déformante de l'effet positif attribué à l'exception d'ordre public. Les solutions de la *lex fori* peuvent, en effet, également paraître indésirables. Aussi le « vide législatif » créé par l'éviction de la loi normalement compétente sera-t-il rempli, non par la solution normale, ordinaire, fournie par la loi du for, mais par une solution propre aux relations internationales. La jurisprudence française en a donné un exemple frappant en matière de validité des clauses monétaires stipulées dans les contrats internationaux.

La doctrine hollandaise, la première, a mis l'accent sur ce phénomène, marquant qu'en certaines espèces internationales, le rôle du juge pouvait ne pas se borner à la confrontation, puis au choix entre les législations en présence (115).

C'est cette même idée que, dans son commentaire de l'arrêt des *Messageries Maritimes* (116) faisait ressortir Lerebours-Pigeonnière : « L'exception d'ordre public conduit ici à créer dans la législation interne une sorte de *jus gentium* à côté du droit commun interne » (117).

Ici encore donc, se retrouve l'idée d'une adaptation nécessaire du jeu des conflits de lois : elle va conduire la jurisprudence à un stade très voisin de celui où se crée la règle de droit international privé matériel. Il faut souligner que ce résultat est atteint non seulement en raison de la substitution partielle de la *lex fori* aux dispositions de la loi étrangère jugées inacceptables — comme on s'accorde généralement à le reconnaître (118) —, mais surtout, et le fait est plus novateur, pour la raison que le droit qui se substitue n'est pas le droit commun du for, mais un droit spécifique : alors, « de l'idée d'adaptation à celle de règles matérielles de droit international privé la distance n'est plus bien grande » (119).

(115) Cf. VON OVERBECK, « Les règles de droit international privé matériel », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, spéc. p. 364-365, et les réf.

(116) *Clunet*, 1951, spéc. p. 14.

(117) Cf., approuvant cette analyse : P. FRANCESCAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 143.

(118) Cf. LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, p. 51, note 3.

(119) VON OVERBECK, *op. cit.*, p. 364.

C. — ABANDON DE LA MÉTHODE CONFLICTUELLE.

155. — Enfin, dans un dernier temps (120), la jurisprudence consacre un règlement direct et matériel, sur le plan international, des problèmes qui lui sont soumis. Elle dégage alors une solution spécifique aux rapports commerciaux internationaux, destinée à recevoir application dès lors que certaines conditions sont réalisées — notamment qu'il s'agisse de contrats ou d'arbitrages véritablement internationaux —, mais indépendamment de la loi applicable, et sans qu'il y ait même besoin de procéder à la recherche de cette loi (121).

Ce stade, auquel conduisent les différents « correctifs » apportés au jeu des conflits de lois, n'est cependant pas toujours atteint. Certaines matières, telle la question de la validité même de la clause compromissoire, offrent ainsi des exemples dans lesquels la jurisprudence s'est, en quelque sorte, arrêtée à mi-chemin : bien qu'ayant consacré des solutions intéressantes quant à l'exception d'ordre public — l'article 1006 du Code de procédure civile étant « d'ordre public interne » (122) — les tribunaux raisonnent toujours en termes de conflits de lois et n'ont point encore dégagé la règle de droit matériel consistant à affirmer la validité, indépendante de la loi applicable, de la clause compromissoire dans les contrats internationaux (123).

Le droit matériel qui se dégage ainsi d'une inaptitude et d'un forcement du système conflictuel, que représente-t-il aux côtés de la règle de conflit ?

De façon plus générale, à partir du moment où l'on abandonne ainsi le système des conflits, « on doit se demander quelle est la nature des règles substituées à la règle de conflit et donc, pratiquement, à la règle de droit interne désignée par la règle de conflit » (124). Le problème se pose évidemment quelle que soit la source, législative ou jurisprudentielle, de l'adoption de ces règles de droit matériel.

(120) Sauf dans des cas exceptionnels : ainsi, l'autonomie de la clause compromissoire est une solution qui s'est dégagée dès l'origine comme règle de droit matériel.

(121) Exemple de cette démarche dans les arrêts précités de la Cour d'Aix-en-Provence, 5 mai 1959 (*Clunet*, 1960.1076) et de la Cour de cassation, 2 mai 1966 (*Clunet*, 1966.648).

(122) Cf. *supra*, n° 142, note 69.

(123) Si ce n'est sous l'aspect particulier de la validité du compromis étatique.

(124) B. GOLDMAN, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, préc., p. 124.

SECTION II

PARTICULARISME DE LA MÉTHODE SUIVIE

156. — La question, essentielle à nos yeux, se pose de savoir si les règles de droit international privé matériel excluent les règles de conflit ou, au contraire, présupposent l'applicabilité de la *lex fori* en vertu des désignations qu'opèrent les règles de conflit.

La réponse à cette question semble devoir se résoudre en une distinction dont certains auteurs ont relevé l'existence (125), l'application des règles de droit matériel étatique pouvant être commandée par des éléments très divers. Parmi ces éléments se trouve en bonne part la nécessaire compétence du système juridique dont relève la règle de droit matériel considérée. On ne peut donc apporter de réponse globale à la question de savoir si le droit matériel de source étatique exclut, ou non, les règles de conflit, puisqu'il apparaît qu'en certains cas il est dans une situation de dépendance par rapport à ces dernières.

Dans cette dernière hypothèse, peut-on dire que les règles de droit matériel en cause relèvent du droit international privé au sens large, ou ne sont plus que des règles du droit interne affectées d'une certaine « coloration » internationaliste ?

S'agissant au contraire de règles de droit matériel dont l'application se fait indépendamment de toute préoccupation de la loi compétente, on sera tenté d'intégrer de telles normes au sein du droit international privé : le seul problème sera dès lors de déterminer s'il s'agit là d'un procédé original, distinct à la fois des règles de conflit et des lois de police.

Nous envisagerons successivement ces deux catégories de normes du droit international privé matériel.

§ 1. — Les règles de droit international privé matériel dépendantes des règles de conflit

157. — Cette catégorie comprend, en pratique, exclusivement les normes de droit matériel de *source législative*.

Il apparaît que l'applicabilité de ces normes est subordonnée à celle du système juridique dont elles relèvent ; qu'elles sont donc dans une situation de dépendance par rapport aux règles de conflit

(125) Cf. BATIFFOL, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 252 et BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966, p. 537 et s.

de lois, dont, loin d'exclure le jeu, elles présupposent au contraire l'accomplissement.

Les exemples sont, à vrai dire, rares, car les règles de droit matériel d'origine législative sont elles-mêmes rares. De ce fait, on peut donner pour raison un regrettable désintérêt du législateur vis-à-vis des situations internationales, constatation tempérée par la considération que sa tâche consiste avant tout dans la satisfaction des besoins de la communauté juridique nationale. S'il est des secteurs dans lesquels la nécessité d'une réglementation appropriée, sur le plan international, est ressentie, c'est par voie de convention qu'elle est apaisée (126).

On trouve cependant, dans le droit français, quelques dispositions éparses, se situant de préférence dans le domaine de la condition des étrangers (127) et celui des « conflits de juridictions », entendus au sens large (128). Elles sont très rares dans le domaine traditionnellement réservé au règlement des conflits de lois. On peut citer pour mémoire la loi du 28 décembre 1966, relative aux relations financières avec l'étranger, établissant notamment un régime spécial aux investissements étrangers en France (129).

De telles dispositions législatives (130) ne sont pas applicables à tous les rapports internationaux, mais aux seuls qui se rattachent en un point quelconque au système juridique français, de manière à déterminer l'applicabilité de ce dernier.

158. — Cependant, certains pays ont adopté une réglementation d'ensemble des rapports du commerce international, et offrent à cet égard un exemple digne d'attention, ne serait-ce qu'en raison de son caractère isolé.

C'est ainsi que la *Tchécoslovaquie* a promulgué, le 4 décembre 1963, une loi « sur les rapports juridiques dans les relations commerciales internationales », entrée en vigueur le 1^{er} avril 1964 et connue sous le nom de « Code de commerce international » (131).

(126) Ceci est vrai surtout dans le domaine des transports de toute nature.

(127) Exigence d'une carte de commerçant, par exemple...

(128) Extension des délais à l'étranger, exigence d'une caution *judicatum solvi*...

(129) V. PINTO, « Le régime juridique des investissements étrangers en France », *Clunet*, 1967.235.

(130) M. RIGAUX (*Précis*, p. 103-104) cite pour la Belgique la loi du 12 avril 1965, concernant la protection de la rémunération des travailleurs, dont l'article 4, alinéa 2 et 3, ne s'applique que lorsque l'activité du travailleur est régie par la loi belge.

(131) Loi n° 101 du *Recueil des lois* de la Rép. soc. tchécoslovaque. — Du même jour, et en étroite relation, deux autres lois : « Loi sur le droit international privé et de procédure », n° 97 du *Recueil des lois*, et « Loi sur la procédure arbitrale dans les relations commerciales internationales et sur l'exécution des sentences arbitrales », n° 98 du *Recueil des lois*. — Voir KALENSKY, « Les traits essentiels des nouvelles codifications tchécoslovaques du droit commercial international et du droit international privé », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.565 ; L. KOPAČ, « Le Code tchécoslovaque du commerce international », *Clunet*, 1967.789 ; R. BYSTRICKY, « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque du droit international privé », *Recueil*, n° 123, 1968, I, p. 409 et s.

On a pu décrire ce monument législatif comme « une *prescription nationale* de la législation tchécoslovaque, qui contient, en 726 articles, une réglementation globale de tous les rapports des parties aux *contrats commerciaux internationaux*, et qui est donc caractérisée par le fait qu'elle prend en considération exclusivement des éléments du commerce international; cela la distingue essentiellement de tous les codes civils et de commerce étrangers qui sont ou étaient édictés, en premier lieu, aux fins de besoins nationaux et qui ont souvent négligé les particularités du commerce international ... » (132).

Le Code de commerce tchécoslovaque contient essentiellement des prescriptions de droit matériel, mais connaît aussi quelques règles de conflit dont la plus importante est contenue à l'article 3 du Code. Ce texte porte en effet que l'ensemble du Code, dans la mesure où il s'agit d'un « rapport né dans les relations commerciales internationales » au sens de l'article 2, ne s'applique que « si, conformément au droit international privé, la législation tchécoslovaque est applicable, notamment si les personnes intéressées choisissent la loi tchécoslovaque ou si elles désignent le droit civil tchécoslovaque comme applicable au règlement d'un rapport juridique ».

Ce Code de commerce international offre donc un exemple topique des règles de droit matériel dont l'applicabilité se trouve subordonnée au mécanisme des conflits de lois.

159. — Comment convient-il de regarder de telles règles matérielles ? S'agit-il de normes du droit international privé ou bien de simples règles du droit interne ?

La question, dans la mesure où elle est perçue, demeure l'objet de controverses (133). Il semble cependant impossible de reconnaître à ces normes la qualité de règles du droit international privé, car elles ne sont pas de nature différente par rapport aux normes du droit interne dont l'applicabilité se laisse commander par la règle de rattachement : « Ce ne sont — en d'autres termes — que des règles spéciales du droit interne qui subissent quelques modifications en raison de leur application sur le plan international » (134).

Leur spécificité par rapport au droit commun interne réside en deux éléments : leur contenu, d'abord, déterminé en fonction

(132) Pavel KALENSKY et Ludvik KOPAČ, « Quelques considérations sur le nouveau Code tchécoslovaque du commerce international », *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1964, p. 314.

(133) Voir, pour le Code tchécoslovaque, les échos d'une telle controverse in Rudolf BYSTRICKÝ, *Bulletin de Droit tchécoslovaque*, 1963, n° 4, p. 233. Pour cet auteur, le Code rentre indéniablement dans le cadre du droit international privé, puisque celui-ci « n'englobe pas seulement les règles de conflit mais aussi les règles de droit directes, dans la mesure où elles sont destinées à régler les rapports qui embrassent un élément international », mais le même auteur fait allusion à d'assez nombreuses opinions divergentes.

(134) H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966.537, spéc. p. 539 et 544.

de considérations propres aux relations internationales, leur domaine d'application, ensuite, par rapport au droit commun, qui fait référence à la nécessaire existence, appréciée selon des critères variables, de l'élément international de la relation considérée. Ces éléments même s'opposent à ce que l'on puisse considérer ces normes comme des normes instrumentales du droit international privé (135).

De ces considérations semblent découler deux conclusions intéressantes le domaine de la règle de conflit. Selon la première, de telles normes du droit matériel ne représentent pas un procédé concurrent du procédé conflictuel, ce dernier servant au contraire à les mettre en œuvre.

Leur existence même, par ailleurs, tend à mettre en lumière, moins les défauts du procédé des conflits de lois, que *les insuffisances des législations internes*, particulièrement en matière commerciale. Il est intéressant de constater que les pays qui tentent d'élaborer une réglementation spécifique des rapports privés internationaux sur une assez grande échelle, ne cherchent pas tant à éliminer les conflits de lois — qui, au contraire, existent nécessairement —, qu'à améliorer leur législation commerciale qu'ils parviennent à dépouiller de son aspect de « Code des boutiquiers » (136).

Ce progrès est regardé comme un stade intermédiaire avant la nécessaire conclusion de conventions internationales (137).

§ 2. — Les règles de droit international privé matériel indépendantes des règles de conflit

160. — S'il existe en quelque domaine un règlement direct et matériel des relations internationales indépendant de la recherche de la loi applicable, c'est la jurisprudence française qui en fournit l'exemple le plus pur.

161. — Lorsqu'elle affirme la licéité des clauses-or dans les règlements internationaux, l'autonomie de l'accord compromissaire, la validité du compromis étatique dans l'arbitrage international, c'est une solution propre aux contrats internationaux que la jurisprudence dégage, en ce sens que cette solution se distingue matériellement de celle qui pourrait résulter de l'application d'une

(135) A vouloir les inclure cependant dans le droit international privé, il faudrait admettre que ces normes, étant subordonnées et non premières, ne se situent pas au même niveau que les règles de conflit de lois.

(136) Cpr. *supra*, n° 158, les buts assignés au Code de commerce tchécoslovaque.

(137) Le Code de commerce tchécoslovaque, ainsi, réserve expressément le jeu des traités internationaux dans son article 4 : il veille donc à ne pas faire obstacle à la conclusion de telles conventions.

législation nationale — fût-elle celle du for — au rapport en cause grâce à la désignation opérée par la règle de conflit.

Nous avons vu que la jurisprudence n'a, souvent, atteint ces résultats qu'au prix d'une évolution l'ayant, au moyen d'un « forcement » des mécanismes traditionnels, menée au terme final que représente un règlement direct (138).

Or, comme nous l'avons noté, ce règlement direct est véritablement indépendant de toute règle de conflit : il importe peu que la loi applicable soit celle du for ou une loi étrangère ; il faut, et il suffit que soit en cause un règlement, un contrat, un arbitrage ... *international*. La solution spécifique dégagée pour lui sera dès lors applicable par la seule vertu que sont compétentes les juridictions qui l'ont élaborée.

Ce qui semble ainsi devoir être une constatation d'évidence, et non une opinion, a cependant été contesté, dans le cadre même des exemples tirés de la jurisprudence française, par M. Rigaux (139).

Selon ce dernier, l'éviction ainsi réalisée des règles de conflit par les règles de droit matériel n'est qu'apparence. En effet, l'applicabilité de ces règles matérielles coïncide avec leur « domaine de validité formel ». Aussi bien sont-elles tout simplement rattachées à la *lex fori* alors que l'on prétendait en faire une exception aux règles de conflit de lois.

M. Rigaux en conclut, de façon générale, que « l'applicabilité de toute règle de droit international privé matériel est donc subordonnée à la détermination de son champ d'application dans l'espace à l'aide d'une règle de conflit de lois ». Et quand ce rattachement donne systématiquement compétence à la règle de droit international privé matériel, il faut y voir « une règle de conflit exclusivement unilatérale », pratiquement une loi de police (140).

162. — Cette démonstration ne convainc pas. Elle relève d'une tendance qui incline une partie de la doctrine à résorber dans un mécanisme déjà connu le procédé des règles de droit international privé matériel. Cette tendance se révèle dans la quête d'un fondement à l'applicabilité de ces règles, fondement que l'on croit trouver tantôt dans l'idée de loi de police, tantôt dans celle d'ordre public (141).

a) Si l'utilisation de l'*exception d'ordre public* est, ainsi que nous l'avons vu, fréquemment un moyen intermédiaire offert à la jurisprudence pour parvenir aux résultats qu'elle estime souhaitables, cette exception ne saurait servir de fondement au règlement direct que constitue le droit international privé matériel, lorsque la juris-

(138) Cf. *supra*, nos 148 et s.

(139) *Précis*, p. 104-105, n° 75.

(140) *Id.*, p. 114, n° 83 et s.

(141) Cf. BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 252.

prudence est parvenue, dans un dernier stade, à en consacrer le principe.

En effet, la règle de droit matériel est appliquée, d'une part, sans considération de la teneur de la loi étrangère applicable et dont on ne vérifie d'ailleurs pas la vocation ; elle peut, d'autre part, s'opposer à la solution que fournirait l'application du droit commun du for.

Pour voir en l'ordre public un fondement acceptable, il faudrait donc lui reconnaître la valeur d'une circonstance de rattachement : ceci nous semble devoir entraîner des critiques de deux ordres.

Tout d'abord, si la jurisprudence a utilisé, et utilise encore la notion d'ordre public comme une circonstance de rattachement, — et non comme un obstacle à la loi normalement compétente — c'est toujours en considération du caractère particulièrement rigoureux que lui semble présenter l'impératif du législateur national. Il s'agit donc *toujours* de donner compétence à la loi interne du juge saisi. Nous sommes en présence, ici, d'un mécanisme différent, aboutissant à l'application d'un droit spécifique dont les dispositions comme les buts apparaissent *normalement* en contradiction avec ceux du droit commun interne.

En second lieu, selon l'opinion que nous partageons avec une majorité d'auteurs, toute solution tendant à fonder sur l'ordre public un système de solution des rapports internationaux doit être, de façon générale, rejetée. La confusion qu'elle engendrerait en est la principale cause (142). Aussi ne saurions-nous l'admettre ici, puisque le risque d'aggraver les incertitudes pesant sur la notion d'ordre public, en raison de son extension à ce nouveau domaine, ne serait pas compensé par la satisfaction d'une traduction rationnelle du résultat obtenu.

b) Ceci explique que les auteurs aient plutôt tendance à voir dans les règles de droit international privé matériel forgées par la jurisprudence une manifestation des *lois de police*, ou encore règles de conflit unilatérales ou d'application immédiate.

L'opinion de M. Rigaux (143), très ferme en ce sens, est corroborée par celle de M. Level estimant que « la technique employée [par la jurisprudence] semble relever de la nature de celle des lois d'application immédiate », malgré le phénomène de réception des exigences du commerce international (144).

Semblable assimilation des règles de droit matériel aux lois de police nous semble abusive (145). Elle méconnaît tout d'abord la très grande différence d'inspiration qui anime ces deux catégories de normes orientées, les unes vers la satisfaction des besoins du

(142) Cf. *supra*, n° 22.

(143) Cf. *supra*, n° 161.

(144) *Le contrat dit sans loi*, préc., p. 225-226.

(145) Même si l'on admettait pour hypothèse — que nous avons mise en doute (*supra*, n° 100) qu'il existe une catégorie particulière de « lois de police ».

commerce international, les autres vers la protection de l'ordre juridique national. Ce n'est pas, surtout, sans artifice que l'on voit dans l'application des règles du droit matériel un processus semblable à celui qui détermine la vocation des lois de police.

L'application des lois de police ne s'opère pas, en effet, sans qu'existe quelque rattachement au système du for, ainsi que l'exprime maladroitement *l'alinéa 1 de l'article 3* du Code civil (146). Nous ne trouvons au contraire aucune nécessité analogue, s'agissant de l'application du droit international privé matériel. Il est un fait, et la jurisprudence le prouve amplement, c'est que les règles de droit international privé matériel s'appliquent indépendamment de tout rattachement du litige au for, à moins que l'on ne découvre dans la compétence des juridictions un tel rattachement, ce qui paraît procéder d'une confusion peu justifiable entre les chefs de compétence législative et juridictionnelle (147).

163. — L'explication tirée de l'idée de loi de police ne permet donc pas davantage de rendre compte du mécanisme de l'application des règles de droit international privé matériel : celui-ci semble donc devoir être reconnu comme un *procédé original*.

Procédé original, il l'est d'abord envers les règles de conflit dont il exclut *totale*ment la mise en œuvre : aux yeux du juge qui en fait usage, la diversité des législations, le conflit des lois disparaissent.

Mais il se distingue également des lois de police puisque l'élimination du procédé conflictuel ne « profite » pas aux dispositions du droit interne, elles-mêmes évincées au profit de solutions distinctes et, en quelque sorte, aberrantes.

Si l'originalité de telle méthode paraît — à nos yeux du moins — peu contestable, quelle valeur faut-il lui reconnaître en tant que procédé de solution des litiges du commerce international ?

Un tel jugement peut, à première vue, sembler devoir facilement porter à l'approbation : approbation de ce mouvement qui porte les juges à prendre en considération les usages et nécessités du commerce international et à résorber la diversité des législations en une solution propre à satisfaire lesdits usages et nécessités.

Mais ce serait oublier que le conflit de lois, ainsi éliminé au niveau du juge saisi, persiste virtuellement et connaît même une aggravation. Il persiste tout d'abord, conflit virtuel appelé à se concrétiser dès la première difficulté d'exécution du jugement contenant application d'une telle règle de droit international privé matériel. Bien plus, il s'aggrave puisque, sans préjuger ici de leurs sources

(146) Ce qui nous a permis d'y voir, de façon générale, un procédé non distinct de celui des règles de conflit.

(147) Un argument s'ajoute : si l'existence d'un critère de rattachement permet d'envisager, par sa bilatéralisation, l'application de lois de police étrangères, cette possibilité est exclue pour le droit international privé matériel, en l'absence de tout facteur objectif de rattachement : la solution est donc proprement nationale.

d'inspiration, il est indubitable que les règles de droit matériel demeurent propres à chaque pays : ce procédé ajoute ainsi à la diversité des législations et renforce l'incertitude quant au droit applicable (148).

Ainsi, non seulement le conflit de lois, loin d'être anéanti est renforcé, mais encore il ne connaît plus de solution, le droit international privé matériel éliminant par vocation son traditionnel procédé de règlement. On perçoit ici combien il est critiquable de confondre le mal et son remède, de répudier le droit des conflits parce qu'on déplore la divergence des législations, et de placer hâtivement ses espoirs en un procédé qui n'a le mérite que de son renouveau et de dehors séduisants.

164. — Des critiques sévères ont donc été émises à l'encontre de ces solutions, principalement parce qu'elles représentent une menace pour la sécurité juridique (149).

Pour M. Von Overbeck, en particulier, ce procédé offre aux juges une latitude beaucoup trop grande, et leur ouvre la possibilité de consacrer des solutions conformes à leurs convictions personnelles, en sorte qu'on peut douter que « l'élaboration jurisprudentielle du droit international privé matériel puisse conduire au-delà de solutions d'espèce à de véritables règles ».

Il importe peu à cet égard de relever l'existence, sous-jacente à ces solutions, d'un véritable *jus commune* : celui-ci est par la force des choses traduit de façon diverse selon les conceptions nationales. L'atteinte à la sécurité du droit s'opère donc sans que l'harmonie des solutions soit pour autant acquise sur le plan international.

Nous atteignons là le reproche le plus grave que l'on puisse adresser à cette méthode, et qui synthétise les précédentes remarques : elle fait, selon l'expression de M. Bauer (150), abstraction des « différentes justices territoriales » dont l'indépendance et l'égalité doivent être respectées, car elle permet à chaque système juridique de s'ériger en « législateur universel réclamant une autorité absolue ».

Nous constaterons donc en ce sens que les règles de droit matériel représentent — sinon dans leur esprit, du moins dans leurs résultats, et malgré les apparences — une technique régressive par rapport aux règles de conflit. Elles ont cependant pour source un louable souci de création d'un droit propre aux transactions internationales : cet apport est positif, mais ne peut à lui seul suffire.

Deux solutions s'offrent donc. Selon la première, la méthode du droit international privé matériel doit se combiner avec celle des

(148) Sauf à espérer que les mêmes nécessités conduiront, en tous pays, aux mêmes solutions matérielles. Mais cette vue n'est-elle pas encore entachée d'utopie ?

(149) DE NOVA, *Revue*, 1948, p. 202 ; KEGEL, *Festschrift für Hans Lewald* (Bâle, 1953) et VON OVERBECK, *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, p. 369-370.

(150) *Revue*, 1966, spéc. p. 570-571.

conflits de lois, afin de répondre au besoin de sécurité juridique — et nous retrouvons l'hypothèse de règles de droit matériel dépendantes des règles de conflit. Selon la seconde, il devient nécessaire de se tourner vers le législateur international et lui confier le soin d'élaborer les règles spécifiques du commerce international.

CHAPITRE II

LE DROIT MATÉRIEL PLURI-ÉTATIQUE ET LES CONVENTIONS D'UNIFICATION DU DROIT

165. — Les entraves que constitue la diversité des législations nationales pour le développement des relations internationales d'ordre privé ont, depuis la fin du siècle dernier, été prises en considération par les Etats. Unissant leurs efforts au sein de conférences toujours plus larges, ceux-ci ont pu suivre deux voies différentes. On peut, en effet, envisager, soit de *supprimer la diversité des législations* en unifiant ces dernières, soit d'accepter cette diversité, mais de *l'aménager en unifiant les règles de conflits de lois*. Ces deux méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais se combinent souvent au contraire, la seconde étant appelée à jouer un rôle essentiel dans la mesure où l'accord sur l'unification substantielle n'a pu être total.

166. — S'agissant de définir les relations entre droit matériel et règles de conflit de lois, notre propos nous conduit évidemment à ne nous attacher qu'au premier type de convention. Nous noterons cependant que l'existence même de conventions unifiant les systèmes de conflits de lois prouve que l'élaboration d'un droit matériel ou celle d'un droit uniforme n'est pas toujours possible — si elle est souhaitable —, ni parfaite, et que le recours à la règle de conflit paraît alors normal.

Dans la conception traditionnelle du droit international privé, on n'étudie pas l'unification des règles de fond (1), parce que cette unification paraît précisément de nature à écarter les problèmes qui font l'objet du droit international privé. Cette conception est, fort heureusement, en voie de disparition. Elle se révèle, en effet, peu compatible avec l'observation selon laquelle le droit international privé ne se réduit pas aux conflits de lois. Elle méconnaît par ailleurs les problèmes, qui retiennent de plus en plus l'attention

(1) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 32, p. 33.

des auteurs (2), des rapports entre l'uniformisation du droit et le procédé conflictuel.

167. — L'unification du droit peut être obtenue par des voies très différentes imposant des obligations plus ou moins complètes aux Etats qui participent à son élaboration (3). Nous ne retiendrons ici que les procédés propres, à la différence notamment de celui connu des conventions portant lois-modèles, à introduire dans chaque Etat contractant un texte parfaitement uniforme (4), destinés donc à bannir, de façon plus ou moins complète, les conflits de lois.

Le premier de ces procédés est précisément constitué par ce que l'on nomme les « *conventions unifiantes* », ou encore (5) « *conventions internationales d'unification* ».

Ces conventions ont pour trait caractéristique de poser des *règles matérielles propres aux seules relations internationales* qu'elles définissent. La double conséquence en est qu'elles laissent subsister dans chaque Etat contractant le droit interne national dont elles excluent l'application aux relations internationales, et qu'elles créent ainsi un droit uniforme dont les bienfaits ne profitent en principe qu'aux seuls Etats parties à la convention. On peut citer en exemple de ces conventions — très nombreuses en matière de transports internationaux — les Conventions signées à Bruxelles le 25 août 1924, relatives aux transports maritimes sous connaissance.

Un second procédé consiste, non plus à juxtaposer aux règles du droit interne des normes communes destinées au règlement des rapports internationaux, mais à unifier ces règles de droit interne. La nouvelle législation unifiée devant être introduite de façon à faire partie intégrante des législations nationales des Etats contractants, est évidemment applicable aux relations internes comme aux relations internationales, et — pour ces dernières — sans considération de la qualité de contractant de l'Etat étranger avec lequel se nouent ces relations. Les conséquences sont donc très différentes de celles précédemment exposées. C'est le procédé *de la loi uniforme* dont le type est représenté par les Conventions de Genève portant loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre (7 juin 1930) et sur le chèque (19 mars 1931).

Il faut enfin mentionner, empruntant certains traits aux précédentes techniques, mais s'en distinguant par une originalité certaine, l'expérience nouvelle que réalisent les Conventions de La Haye

(2) Voir, entre autres, parce que topiques : P. MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 83 ; A. MALINTOPPI, « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *Recueil*, n° 116, 1965, III, p. 5 ; J. SALÈS, *Droit uniforme et conflits de lois*, thèse, Paris, 1966, ronéotypée.

(3) Cf. P. LAGARDE, *Revue*, 1964, spéc. p. 241 et s.

(4) Si l'on excepte les réserves qui figurent dans toute convention.

(5) Selon M. MALAURIE, Communication préc.

du 1^{er} juillet 1964 relatives à la vente internationale des objets mobiliers corporels (6).

Elles s'intitulent « Convention portant loi uniforme » (7), mais réalisent un droit matériel propre aux relations internationales, droit applicable, toutefois, sans condition de localisation de la vente dans l'ordre juridique d'un Etat contractant.

La nécessité s'offre donc plus que l'occasion d'élargir la question des rapports entre droit matériel et droit des conflits : le droit matériel dont il s'agit ici, de source conventionnelle, est un droit unifié et c'est ce caractère qu'il paraît intéressant de prendre en considération, en relation avec la détermination du domaine de la règle de conflit. Partant, il est justifié d'englober dans notre étude les diverses voies par lesquelles est susceptible de se réaliser l'unification du droit.

168. — Que représentent ces conventions, conventions unifiantes ou conventions portant loi uniforme, dépositaires de tant d'espairs ?

Leur domaine d'élection est celui des relations commerciales, transports (8), droit cambiaire (9) et vente des objets mobiliers corporels (10), arbitrage (11), ou encore propriété industrielle, littéraire ou artistique (12).

L'extrême besoin de sécurité et d'unité du droit ressenti en ces domaines, ainsi que la densité des relations juridiques qui s'y nouent, expliquent que l'on y soit parvenu à des résultats positifs. Mais le tableau même de ces conventions ne permet point trop d'optimisme : on a pu dénoter les longues années de préparation précédant l'adoption de leurs textes, en contraste avec les difficultés rencontrées pour leur mise en vigueur, faute du nombre suffisant de ratifications — les lois uniformes de La Haye de 1964 sont à cet égard un malheureux exemple puisqu'au bout de trente ans de travaux, et malgré l'accueil favorable rencontré en doctrine, elles n'ont encore pu être mises en vigueur, bien que cinq ratifications seulement soient nécessaires.

Le succès rencontré par ces conventions est lui-même ambigu. Ou

(6) Voir texte, *Revue*, 1965, p. 205.

(7) L'une sur les obligations du vendeur et de l'acheteur, l'autre sur la formation du contrat de vente. Cf. P. КАНН, « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. trim. dr. com.*, 1964.689, et A. TUNC, « Les conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.547.

(8) Maritimes : Convention de Bruxelles de 1910, 1924, 1926 et 1961 ; Aériens : Convention de Varsovie de 1929 et de Rome 1933 et 1952 ; Ferroviaires : Convention de Berne C.I.M. et C.I.V. de 1952 ; Routiers : Convention de Genève C.M.R. de 1956.

(9) Conventions préc. de Genève de 1930 et 1931.

(10) Conventions préc. de La Haye de 1964.

(11) Convention de New York de 1958 et Convention européenne de Genève de 1961.

(12) Unions de Paris 1883 et de Berne 1886, révisées plusieurs fois.

bien la convention est adoptée par de très nombreux Etats, et c'est alors une quasi-impossibilité de la modifier pour l'adopter — c'est l'exemple de la Convention de Varsovie de 1929 —, ou bien son succès est limité et l'unification l'est également.

De manière générale, le mouvement pour l'unification qui aurait dû se développer, stagne, voire recule : « Manque d'esprit international, indifférence, lenteur des procédures législatives : tout se combine... » (13).

Quelque déception que l'on puisse éprouver à cet égard, ces conventions ont-elles, du moins, rempli leur mission dans le domaine qui est le leur : en d'autres termes, ont-elles éliminé les divergences législatives et, par là, assuré la sécurité juridique aux transactions internationales ?

Il n'en est pas nécessairement ainsi : *la détermination du champ d'application*, comme *l'application* même du droit unifié font souvent ressurgir — de façon directe ou insidieuse — les divergences nationales. Il se pose, dès lors, le problème de savoir quelle sera, dans ces circonstances, l'utilité des règles de conflit.

SECTION I

PROBLÈMES RELATIFS AU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT UNIFIÉ

169. — Le fait que les conventions destinées à uniformiser le droit soient nécessairement affectées d'un domaine d'application révèle de façon suffisante que des divergences législatives subsistent, sinon se révèlent à la suite de cette unification. Il y a là, en quelque sorte, une source de divergences nécessaires, structurelles, que suscite — dès l'élaboration —, l'inachèvement de l'œuvre unificatrice (14).

L'unification n'est, en effet, pas universelle, mais lie un nombre déterminé d'Etats qui, par leur ratification, ont accepté de mettre en œuvre les normes conventionnelles unifiées. Il s'ensuit une première *limite, de nature géographique*, qui fait du droit unifié une sorte d'ilôt dont les dispositions entrent en conflit avec la législation des Etats non parties à la convention. La considération des Etats contractants revêt plus d'importance et recèle de nouveaux conflits

(13) Cf. R. DAVID, « Réflexions sur le rôle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. XLIII, fasc. III, Rome, éd. dell'Istituto Italiano di Studi Legislativi, 1969, p. 188.

(14) Cf. MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 83 et s.

lorsque, par le jeu de réserves ou de modifications de la convention initiale, ces Etats ne sont plus, en réalité, liés par la même convention.

L'unification n'est pas, de plus — même dans le domaine qu'elle s'assigne, transport aérien, vente internationale ... — complète : aux limites territoriales s'ajoutent ainsi des *limites matérielles*, brèches qui, dans la digue du droit unifié, s'ouvrent au flot des conflits de lois.

Enfin, la très grande majorité des conventions laissent subsister, à usage interne, les diverses législations nationales. Il s'ensuit des problèmes de délimitation des *domaines respectifs des normes unifiées et des normes de droit interne*, l'expérience ayant révélé la possibilité de conflits.

Ainsi, trois types de conflit sont susceptibles de se produire et sont, du reste, plus ou moins prévus et organisés dans leur solution par les conventions elles-mêmes. La question ne semble pas devoir se poser dans les mêmes termes lorsqu'on est en présence d'une convention portant loi uniforme. Les textes figurant en annexe de cette convention sont, en effet, intégrés — en vertu de l'obligation qu'acceptent les Etats en ratifiant la convention — à chaque ordre juridique interne dont ils remplacent les dispositions, désormais caduques. Il suit de là que ces textes, en dépit de leur source internationale, prennent en tous points la nature des normes juridiques internes : ils sont donc appelés à entrer en conflit avec les textes différents des Etats non parties à la convention, et leur domaine d'application dans l'espace se détermine normalement par le procédé des conflits de lois (15).

Quant aux relations entre les Etats ayant adopté le texte uniforme, le conflit de lois est écarté par la similitude de ces lois (16). Les lois uniformes n'ôtent donc rien, par principe, au procédé conflictuel dont elles réduisent simplement les occasions d'intervenir.

Ces précisions étant apportées, nous nous attacherons essentiellement à l'étude des conflits que suscite la délimitation du champ d'application des *conventions unifiantes*, en rappelant qu'ils sont de trois espèces (17).

(15) Ainsi, le Tribunal de l'Etat de Miranda (Venezuela) applique la loi uniforme de Genève, bien que le Venezuela ne soit pas partie à la convention, parce que ces règles sont intégrées au droit japonais que désignent les règles de conflit dont fait usage le tribunal (Trib. Miranda, 29 févr. 1968, *Clunet*, 1968.752, obs. J. Lisbonne).

(16) Sous réserve de ce qui sera dit *infra*, n° 193 à propos de l'interprétation.

(17) Soit les conflits issus des limites géographiques ou matérielles des conventions ou encore résultant du fait que ces conventions laissent subsister le droit interne des Etats.

§ 1. — Limites territoriales du droit unifié

170. — Deux hypothèses sont à envisager. Dans la première, normale pourrait-on dire, la portée de la convention est définie en fonction de la localisation du rapport juridique sur le territoire d'un Etat contractant. Dans la seconde, cependant, une portée universelle, indépendante de toute condition de réciprocité, est attribuée à la convention.

A. — CONVENTIONS DE PORTÉE LIMITÉE AUX ETATS CONTRACTANTS.

171. — Toutes les conventions unifiantes définissent leur domaine d'application, en posant d'abord un critère du caractère international de la relation considérée, en définissant ensuite la localisation nécessaire de cette relation par rapport aux Etats contractants.

Nous reviendrons sur la définition du caractère international, qui vise à limiter le domaine du droit unifié par rapport à celui du droit interne. Ce qui importe ici, c'est la localisation géographique du rapport juridique, localisation déterminée — sur la base de la réciprocité — de façon plus ou moins précise selon les conventions, selon deux types différents.

Certaines conventions réservent en effet le bénéfice de leurs dispositions aux opérations — par ailleurs définies comme internationales — se déroulant *entre deux Etats contractants*. C'est le cas de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 unifiant certaines règles relatives au transport aérien international, modifiée par le Protocole de La Haye du 28 septembre 1955.

Mais beaucoup plus fréquemment, et de plus en plus, les conventions se bornent à exiger l'existence d'un certain point de contact de la relation avec le territoire d'un *seul Etat contractant*. Le rattachement retenu n'est d'ailleurs, en général, appelé à jouer qu'à défaut d'un autre, l'existence de plusieurs rattachements alternatifs caractérisant les conventions récentes. Il en est ainsi de la Convention de Genève, dite C.M.R., sur les transports routiers du 19 mai 1956, ou encore des Conventions de Bruxelles, tant celle du 25 août 1924 relative aux transports sous connaissance, que celles, plus récentes, relatives au transport de passagers (29 avril 1961) ou de bagages (27 mai 1967) par mer (18).

(18) Convention de Genève, dite C.M.R., du 19 mai 1956, ratifiée par la France par ordonnance du 23 décembre 1958 (D., 1959.124) ; Convention de Bruxelles du 25 août 1924, publiée en France par décret du 25 mars 1937 (D.P., 1937.4.16) ; Convention de Bruxelles du 29 avril 1961, publiée en France par décret du 1^{er} juillet 1965 (D., 1965.210).

Pour concrétiser l'exemple, la Convention du 29 avril 1961 s'applique aux transports effectués par un navire battant pavillon d'un Etat contractant, ou encore aux transports exécutés d'après un contrat prévoyant, soit le lieu de départ, soit le lieu de destination, dans le territoire d'un Etat contractant. Ainsi, la « nationalité » du navire, le port d'embarquement et celui du débarquement représentent autant de critères valables à partir du moment où ils se localisent dans un des Etats parties à la Convention.

172. — Le principe est que ces conventions s'appliquent automatiquement dès lors que le rapport juridique considéré entre dans les prévisions de la convention et que l'Etat devant les tribunaux duquel le litige est soulevé est partie à la convention.

C'est donc la propre règle d'application que se fixe la convention — généralement dès son premier paragraphe — qui est consultée exclusivement. Aucune règle de conflit, aucune volonté des parties au contrat (19) n'a donc à intervenir.

La thèse contraire a cependant été soutenue, mais doit être écartée, car soumettre le domaine d'application du droit unifié au jeu préalable des conflits de lois serait à la fois méconnaître le but et l'utilité de ces conventions, et restreindre considérablement la fonction de la règle d'application que s'est fixée la convention internationale (20) : il y a donc « priorité de mise en œuvre des règles de droit uniforme, parce que leur domaine d'application est prédéterminé et échappe par conséquent à toute règle juridique autre que la règle instrumentale qui accompagne le droit uniforme en tant que règle d'application » (21).

Les règles d'application du droit uniforme sont en effet de véritables normes instrumentales, au même titre que les règles de conflit. Leur nature est toutefois controversée. M. Malintoppi (22) y voit des règles « d'application nécessaire », analogues — *mutatis mutandis* — aux « règles d'ordre public » du droit interne. M. Bauer les conçoit au contraire comme des règles de conflit spéciales, et trouve dans les conventions unifiantes adoptant des règles de droit matériel limitées aux rapports internationaux localisés dans les Etats contractants « un procédé technique qui concilie les exigences de la méthode conflictuelle avec les avantages de la méthode matérielle » (23).

(19) Voir cependant la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 relative aux connaissements, qui voit dans la clause *paramount* — clause incorporant la Convention de Bruxelles ou une loi nationale l'ayant intégrée — une circonstance d'applicabilité de la convention.

(20) Cf. sur cette discussion, et dans le sens émis au texte, A. MALINTOPPI, « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *Recueil*, n° 116, 1965, III, spéc. p. 37 et s.

(21) MALINTOPPI, *id.*, p. 52.

(22) *Id.*, p. 53 et s., p. 60-61.

(23) « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966, p. 558 et s.

Que l'on adopte l'une ou l'autre de ces conceptions — la première ayant l'avantage de mettre en relief les différences peu négligeables existant entre les règles d'application des conventions et les règles de conflit ordinaires —, il faut reconnaître que les règles de conflit sont éliminées lorsqu'il s'agit d'appliquer la convention unifiante.

173. — L'existence de la convention n'élimine cependant pas toute possibilité ou virtualité de conflits de lois.

a) A l'origine de tels conflits, se trouve en premier lieu le *caractère territorialement limité* de l'unification, et il est devenu banal de constater que, dans les rapports entre Etats parties à la convention et Etats tiers — rapports soustraits au champ d'action du traité —, le droit commun des *conflits de lois* reprend son empire : la convention n'étant pas, par hypothèse, concernée, la règle de conflit déterminera le droit, étranger ou local, applicable (24).

Cette conséquence, inhérente à l'absence d'universalisme des conventions, est en quelque sorte normale. Mais il y a plus. En effet, la tendance moderne des conventions unifiantes à se satisfaire, pour leur application, d'un élément de rattachement situé dans un seul Etat contractant, est une source de véritables *conflits de systèmes*.

Si l'on prend l'exemple de la Convention C.M.R. signée à Genève le 19 mai 1956, et destinée à régler sur le plan international les relations nées de contrats de transport de marchandises effectués par route, on relève, parmi les conditions d'application — outre le caractère onéreux et le moyen, véhicule automobile, du transport — celle selon laquelle le lieu de prise en charge *et* le lieu de destination sont situés en deux pays différents (condition de transport « international ») dont *l'un au moins est un Etat contractant*.

Si, donc, le transport s'est déroulé à partir d'un Etat contractant, la France par exemple, deux hypothèses peuvent se présenter. Ou bien le litige sera soumis à un tribunal français, et la Convention recevra application. Ou bien il sera soumis à l'appréciation des tribunaux d'un Etat non contractant, pays du lieu de destination — l'Espagne par exemple —, et ceux-ci appliqueront leur propre

(24) Voir cependant, par une curieuse anticipation sur le Protocole modificatif de la Convention de Bruxelles de 1924, l'application que fait le Tribunal de Rotterdam de cette convention à des transports effectués à destination des Pays-Bas, l'un en provenance du Mexique (17 déc. 1963, *Clunet*, 1969.1007, obs. R. D. Kollwijn), l'autre de Chine (28 janv. 1964, *Clunet*, 1969.1008, obs. Kollwijn).

Or, ni le Mexique ni la Chine n'étaient parties à la convention, ce qui, dans les circonstances de l'époque la rendait inapplicable. Le tribunal l'applique cependant, car Rotterdam est le port de déchargement — circonstance de rattachement prévue par le projet de Protocole adopté en 1959 à Rijeka et en 1963 à Stockholm par le Comité Maritime International —, en déclarant : « Il est « souhaitable qu'un droit aussi uniforme que possible soit applicable au transport « de marchandises par mer ; cette uniformité se réalise le mieux par une application aussi vaste que possible de la Convention de Bruxelles ».

système de règlement des conflits de lois pour déterminer le droit applicable.

Il y a, ainsi, véritable conflit entre le système de la convention, d'une part — devenu, si ses conditions sont satisfaites, le système des Etats contractants — et le système de droit international privé des Etats non contractants. L'application, ou la non-application de la convention présentant, de façon générale, des intérêts décisifs, particulièrement sur le plan de la responsabilité (25), l'existence de la convention même est de nature à créer un incontestable *forum shopping*.

Or, nous l'avons noté, les conventions adoptent de plus en plus de telles règles d'application, destinées à leur assurer un plus vaste domaine; en ne retenant d'une opération complexe, telle que le transport par exemple, qu'un élément — point de départ, immatriculation ou pavillon du véhicule, lieu d'émission du connaissance... — elles méconnaissent les liens que peuvent présenter d'autres éléments de cette opération avec des systèmes juridiques n'ayant pas intégré la convention. Ainsi la convention unifiante ne supprime pas les conflits de lois hors de son champ d'application, mais, de plus, par la détermination de celui-ci fait surgir des conflits entre systèmes qui ne peuvent que s'ignorer mutuellement.

174. — *b)* Encore ces conflits restent-ils en quelque sorte « extérieurs » à la convention. Mais celle-ci, dans la mesure où elle ne crée pas ou n'impose pas aux Etats contractants un véritable droit uniforme, offre à ces conflits une occasion de résurgence dans le domaine d'où précisément elle n'a pu avoir pour but que de les exclure.

Nous faisons ici allusion aux hypothèses dans lesquelles, pour des raisons diverses, les Etats contractants ne sont pas, en réalité, liés par la même convention : les conflits de lois, jusque là évincés dans leurs rapports, vont devoir intervenir pour déterminer le *champ d'application de chaque convention*, pour autant qu'il y en ait désormais plusieurs.

Cette situation se réalise ainsi lorsque la convention initialement adoptée par un nombre d'Etats X... reçoit, soit pour des raisons de modernisation, soit pour éclaircir le sens de dispositions interprétées de façon divergente, des *modifications*. Une nouvelle convention lui succède ou, encore, comme ce fut le cas pour la Convention de Varsovie de 1929 et la Convention de Bruxelles de 1924 sur les connaissements, un protocole modificatif. Or, l'expérience révèle, et c'est une des difficultés que connaît l'adaptation des conventions internationales, que tous les pays ayant adopté le premier texte ne ratifient pas nécessairement les nouveaux instruments (26).

(25) Voir pour une prescription, Paris, 9 juin 1967, *Revue*, 1968.451 et la note de M. Rodière.

(26) Ainsi, la France, signataire de la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 sur les privilèges et hypothèques maritimes, est restée fidèle aux principes de ce

Ceci explique la timidité avec laquelle sont entreprises les tentatives de révision qui, souvent, échouent : la révision peut détruire l'uniformité si péniblement acquise. C'est ainsi qu'a échoué la tentative de révision de la Convention de Varsovie qui, étant apparue nécessaire dès 1935, a été remplacée par le moyen, de moindre ambition, du Protocole de La Haye de 1955. Ce Protocole ne devait entrer en vigueur que quatre vingt-dix jours après sa ratification par le trentième Etat : la signature de trente Etats devait, pensait-on, entraîner rapidement l'adhésion des autres parties. Malgré cette précaution, on n'a pas relevé moins de treize types de conflits susceptibles de se produire entre les Etats liés par l'un ou l'autre instrument (27). Ce Protocole n'est d'ailleurs entré effectivement en vigueur, après la trentième ratification, que le 1^{er} août 1963. Entre temps, la France, un des premiers pays à l'avoir ratifié, avait mis sa législation en harmonie — en définissant la faute équivalente au dol, point essentiel de la révision — par la loi du 2 mars 1957 (28).

175. — Dans ce type de conflit, deux solutions se conçoivent. Selon la première, chaque Etat n'applique que la convention qui le lie : l'unification est détruite, le *forum shopping* encouragé. Si l'on veut éviter ce résultat, force sera de recourir aux règles de conflit pour « organiser la désunion », règles de conflit qui seront celles du for, les rattachements offerts par la convention étant généralement inutilisables par suite de leur multiplicité et de leur caractère alternatif (29).

Il peut également se faire que les différents Etats soient, dès l'origine, liés par des conventions différentes ou, si l'on préfère, par des textes non identiques de la même convention. C'est ce que leur permet l'existence de *réserves* qu'ils peuvent faire leurs en déposant l'acte de ratification. Les conséquences et l'alternative qu'ouvrent les réserves sont les mêmes que celles auxquelles il a été fait allusion dans le cas précédent.

Une dernière hypothèse se présente, celle qui ouvre aux Etats la faculté d'introduire dans leur législation nationale les dispositions de la convention, celle-ci étant dépourvue d'une force obligatoire directe, immédiate, dans leur ordre juridique.

traité, et n'a pas signé la nouvelle convention de 1967 : la dualité des conventions détruit l'unité des règles et favorise les conflits.

(27) MANKIEWICZ, « Conflits entre la Convention de Varsovie et le Protocole de La Haye », *R.G.A.*, 1956, p. 239 et s., cité par J. SALÈS, *Droit uniforme et conflits de lois*, thèse, Paris, 1966.

(28) Sur cet historique, cf. concl. de M. l'Avocat général Lindon sous Cass. civ., 5 déc. 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15350.

(29) Voir cependant le Tribunal fédéral Suisse, 14 novembre 1967, qui déclare inapplicable le Protocole de La Haye de 1955 à un transport aérien de Suisse en Argentine, ce dernier pays n'ayant adhéré à la Convention de Varsovie que dans sa rédaction primitive. Il fait application des normes instrumentales de la convention. Mais serait-ce possible dans le cas d'autres conventions ? Cf. la décision avec les observations de P. A. Lalive au *Clunet*, 1970, p. 432.

C'est ce que fait le Protocole de la Convention de Bruxelles de 1924 sur les connaissements. Le risque s'est ici révélé que les Etats adoptant cette voie — comme c'est le cas de la Grande-Bretagne qui n'admet pas l'effet *self executing* des accords internationaux — donnent de la convention des versions différentes, non seulement quant à la forme mais également quant au fond. Ainsi, une occasion supplémentaire de conflit est créée, car il ne suffira pas de dire que la convention est applicable, il faudra encore se demander dans quelle version nationale elle l'est, et l'option s'offre à nouveau entre la version du for et celle du pays avec lequel la relation se trouve en contact le plus étroit.

De cette dernière démarche, le Tribunal de Rotterdam fournit un exemple intéressant (30) : s'agissant d'un transport maritime d'Angleterre aux Pays-Bas — tous deux pays adhérents de la Convention de Bruxelles de 1924 — et le connaissement ayant été créé en Angleterre, le tribunal a, sur la base de l'article 10 de cette convention (31), déclaré applicable *la loi anglaise* ! Solution approuvée par M. Kollewijn selon qui, le for étant souvent par avance indéterminé, « la sécurité juridique plaide donc en faveur de la version adoptée dans l'Etat contractant où le connaissement est créé » (32) : curieuse revanche du conflit de lois sur l'unification !

B. — PORTÉE UNIVERSELLE DE LA CONVENTION.

176. — Ces types de conflit sembleraient amenés à disparaître lorsque la convention se reconnaît une portée universelle, c'est-à-dire lorsque son champ d'application ne se trouve plus déterminé par des normes de rattachement des situations qu'elle régit aux Etats contractants. C'est la portée que se sont attribuée les conventions portant lois uniformes sur la vente internationale et sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, signées à La Haye le 1^{er} juillet 1964 et non encore entrées en vigueur (33).

Selon l'article 1^{er}, alinéa 1 de l'annexe de la première convention, que chaque Etat contractant s'engage à introduire dans sa législation (34). « La présente loi est applicable aux contrats de vente d'objets mobiliers corporels passés entre des parties ayant leur établissement sur le territoire d'Etats différents, dans les cas suivants : a) lorsque le contrat implique que la chose fait, lors de la conclusion du contrat, ou fera l'objet d'un transport du territoire d'un Etat dans le territoire d'un autre Etat ; b) lorsque les actes

(30) 21 nov. 1961, *Clunet*, 1969.1004, obs. R. D. Kollewijn.

(31) Selon lequel « les dispositions de la présente convention s'appliqueront à tout connaissement créé dans un des Etats contractants ».

(32) *Clunet*, 1969, p. 1006.

(33) Voir textes à la *Revue*, 1965, p. 205.

(34) Art. 1 de la convention-vente.

constituant l'offre et l'acceptation ont été accomplis sur le territoire d'Etats différents ; c) lorsque la délivrance de la chose doit se réaliser sur le territoire d'un Etat autre que celui où ont été accomplis les actes constituant l'offre et l'acceptation du contrat » (35).

Ainsi, il faut, mais il suffit, pour que la convention soit applicable, que le contrat de vente comporte, dans sa formation ou dans ses effets, un franchissement de frontières. Nulle référence n'est faite à un quelconque élément de localisation de ces contrats qui peuvent aussi bien se dérouler entièrement en relation avec l'ordre juridique d'Etats non signataires de la Convention : « La localisation des relations internationales réglées n'est plus une condition d'application de telles règles, dont l'empire ne dépend que du caractère international des relations envisagées défini par les éléments d'internationalisation » (36).

Cette volonté avouée chez les plus éminents artisans de la convention d'éliminer les problèmes de conflits de lois, s'affirme plus nettement encore dans l'article 2 de la convention-vente dont la disposition est reprise par l'article 1-9° de la convention-formation des contrats : « Les règles du droit international privé sont exclues pour l'application de la présente loi, sauf dans les cas où celle-ci en dispose autrement ».

Est-ce autre chose qu'un idéal ? Les conflits de lois sont-ils réellement exclus pour l'application des Conventions de La Haye ?

177. — L'empire illimité que ces conventions ont voulu s'attribuer (37) méconnaît les limites que la réalité impose à toute œuvre d'unification, et fait bon marché de l'indépendance des Etats qui ne ratifieront pas ces conventions (38).

Ces conventions assurent, certes, l'application d'une loi uniforme, quelle que soit la localisation du contrat, lorsque le litige doit être soulevé devant les juridictions d'un Etat contractant. Il en va tout autrement si le même litige est porté devant le tribunal d'un Etat demeuré extérieur aux Conventions : celui-ci déterminera la loi applicable selon ses propres règles de conflit. L'existence de la loi uniforme ne supprime donc ni l'aléa de la recherche de la loi applicable, ni les incertitudes de l'application d'un droit étranger, ni enfin — en permettant une diversité de traitement pour le même rapport juridique — le *forum shopping* (39).

(35) Le texte de l'art. 1^{er}, al. 1 de l'annexe de la convention-formation des contrats est pratiquement identique.

(36) BAUER, *op. cit.*, p. 566-567.

(37) Sans entrer, ici, dans la discussion du bien-fondé de cette volonté d'universalisme, voir cette discussion dans SALÈS, thèse préc. de 1966, p. 272 et s., et les travaux du Comité français de Droit international privé, 1967, p. 83 et s., à la suite de la communication préc. de M. Malaurie.

(38) Les Etats-Unis, notamment, seront selon toute probabilité, dans ce cas.

(39) Contre cette idée de *forum shopping*, M. Tunc expose que l'inconvénient est mineur s'agissant de matière contractuelle dans laquelle la tradition veut reconnaître aux parties le choix de la loi. C'est omettre, d'une part, la tendance

Quant à l'application de ce droit uniforme par les Etats mêmes qui sont parties aux conventions, elle sera dépourvue de toute base objective : la loi uniforme, bien qu'exprimant l'ordre international, sera appliquée ainsi à titre de *lex fori*. Or, l'application de la *lex fori* est un principe agressif en matière internationale, méconnaissant les titres qu'ont les autres lois à s'appliquer.

178. — Cette vocation universelle a d'ailleurs représenté un principe auquel les rédacteurs de ces conventions n'ont pu demeurer fidèles. Malgré la fermeté de l'article 2 — ou de l'article 1-9° —, la convention réintroduit le procédé du conflit de lois, illustrant ainsi la parole de M. Batiffol selon laquelle, vouloir se passer du conflit de lois est une illusion : procédé « barbare et subtil », il est cependant utile car *il répond à un problème*, et que l'on ne résout *pas* les problèmes en les ignorant (40).

Or les très importantes réserves dont sont assorties les conventions conduisent à penser que leurs auteurs n'ont pu ignorer ces problèmes.

a) Les deux réserves les plus notables figurent aux articles III et IV de la convention-vente (41).

La réserve de l'article III, introduite à l'initiative de la délégation allemande, permet aux Etats qui l'adoptent de faire de la Convention de La Haye une convention unifianste du type de celles précédemment rencontrées : chaque Etat peut déclarer qu'il n'appliquera la convention que si les parties au contrat de vente ont leur établissement sur le territoire d'*Etats contractants différents*. L'usage d'une telle réserve fait resurgir les conflits de lois analysés antérieurement, par identité de motifs (42).

La France a été à l'origine de la réserve qui, à l'article IV de la convention, prévoit la situation des Etats liés par une ou plusieurs *conventions sur les conflits de lois* en matière de vente internationale. C'est, dans ce texte, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (43) qui est visée essentiellement. Les travaux qui avaient conduit à l'élaboration et à l'adoption de cette convention ne devant pas apparaître dépourvus de toute utilité, l'article IV offre à chaque Etat la possibilité de n'appliquer « la loi uniforme dans les cas visés par une de ces conventions que si celle-ci conduit à

jurisprudentielle à la localisation objective du contrat, et, d'autre part, la nécessité d'une sécurité qui s'oppose à ce que la loi contractuelle soit déterminée après coup.

(40) Travaux du Comité français de Droit international privé, à la suite de la communication précitée de M. Malaurie : faire du droit uniforme sans conflits de lois, dit M. Batiffol, revient à faire de la physique sans mathématiques : c'est plus long, et finalement, le problème rejailit.

(41) Art. III et IV de la convention-formation des contrats.

(42) Cf. *supra*, n° 173.

(43) Cf. P. KAHN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels », *Clunet*, 1966, 301.

l'application de la loi uniforme». Par le jeu de cette réserve, la convention portant droit uniforme sera donc subordonnée, dans son application même, au mécanisme des conflits de lois. Elle prendra donc la nature d'une véritable loi uniforme, du type de celles adoptées en 1930-1931 à Genève, limitée toutefois aux relations « internationales ».

Ces deux clauses montrent la nécessité devant laquelle les auteurs de la convention se sont trouvés de rétablir un lien de rattachement entre les situations juridiques et l'application de la convention : « La théorie des conflits de lois [retrouve] ainsi le rôle traditionnel qu'elle a toujours eu lorsque les limites de l'unification sont d'ordre territorial » (44).

b) Deux autres réserves (*art. II* et *V* de la convention-vente, *art. II* de la convention-formation des contrats) amoindrissent encore la portée de la convention en faisant directement état des dispositions de fond contenues dans les législations des Etats contractants.

Selon la première, les Etats peuvent déclarer qu'ils ne se considèrent pas — ou ne considèrent pas tels Etats tiers — comme des Etats « différents » au sens de la convention : ils appliquent en effet déjà aux ventes qui auraient été régies, en l'absence de cette réserve, par la loi uniforme, des « *règles juridiques identiques ou voisines* ». Ici, non seulement, le droit conventionnel cède le pas au droit interne national, l'unification à la concordance de fait, mais encore et plus gravement, la convention suppose intégralement le jeu des conflits de lois qui détermineront, dans chaque Etat, l'application ou la non-application de ces règles « identiques ou voisines ».

Enfin, il est loisible aux Etats — et l'on reconnaît ici l'influence anglaise — de déclarer qu'ils n'appliqueront la loi uniforme qu'aux contrats dont les parties ont choisi cette loi. Celle-ci perd alors sa nature conventionnelle pour faire figure de « condition générale de vente ». Une telle désignation par les parties réserve d'ailleurs expressément, si l'on en croit le renvoi que fait l'article *V* de la convention-vente à l'article 4 de la loi uniforme-vente, le jeu des « dispositions impératives qui auraient été applicables si les parties n'avaient pas choisi la loi uniforme » (45).

Où sera la sécurité du droit lorsque les Etats auront ratifié ces conventions en adoptant telle ou telle réserve : il n'y aura pas une mais de multiples conventions de La Haye.. Ainsi, quelque portée dont on ait voulu doter une convention destinée à unifier le droit, cette unification connaît des limites à l'occasion desquelles se rétablit le conflit de lois.

(44) SALÈS, thèse préc., p. 278.

(45) Cf. également l'*art. 5-2°* de la convention-vente.

§ 2. — Limites matérielles du droit unifié

179. — La convention unifiante a toujours un objet précis, concernant par exemple tel type de contrat dont elle régleme la formation et les effets. Il est évident que les diverses matières exclues du *domaine matériel* de la convention demeurent soumises aux normes du droit international par désignation des règles de conflit (46).

Mais, dans le cadre même des matières qu'elle régit, la convention peut receler des défaillances qui sont autant de lacunes à l'unification. De ces lacunes, les auteurs de la convention ont pu, ou non, avoir conscience. Elles seront alors, ou non, organisées dans leurs conséquences, et lorsqu'elles le sont, de façon générale, c'est au conflit de lois que l'on recourt pour pallier les inconvénients résultant de l'absence, sur un point précis, d'unification. Sur ce sujet, cependant, une place particulière revient encore à la Convention de La Haye de 1964 relative à la vente internationale, en raison de la règle originale qu'elle a adoptée en vue de combler ses éventuelles lacunes.

180. — 1° *Conventions unifiantes de type ordinaire.* — Les Etats ayant participé à l'élaboration de la convention ont pu ne pas parvenir à un accord sur un point précis dont une réglementation uniforme méconnaîtrait par trop les particularismes nationaux.

C'est ainsi que la Convention de Genève du 19 mars 1931 qui élabore un droit uniforme assez complet relativement aux chèques, a dû laisser hors de son domaine certaines matières — par exemple, l'exigence d'une provision préalable. Mais cet « abandon de terrain » s'est trouvé compensé par l'adoption, le même jour, d'une convention « destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèque ».

Il en va souvent de même s'agissant des conventions unifiantes qui, sur les points non unifiés, contiennent des règles de conflit. La plus usuelle est celle qui consiste, pour les question de procédure, à donner compétence à la loi du tribunal saisi (47).

(46) Le domaine matériel de la convention ne saurait être étendu par analogie ; ainsi, la Convention C.M.R. de Genève, 1956, relative aux transports de marchandises par route, ne peut être étendue au contrat de commission de transport pour lequel le droit commun (en l'espèce l'art. 108 C. com.) reprend son empire : Cass., 16 févr. 1970, *J.C.P.*, 1970.II.16392, note Rodière, cassant Paris, 9 juin 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15563.

(47) Ainsi, article 28, *alinéa* 2 de la Convention de Varsovie de 1929, *article* 55 des Conventions C.I.M. et C.I.V. de Berne du 25 février 1961... Sur les difficultés de la combinaison, en certaines hypothèses, des dispositions de la *lex fori* et de la convention en matière procédurale, voir, sur l'interprétation de l'*article* 20, *alinéa* 2 de la Convention de Varsovie (délai de l'action en responsabilité) : Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1968, *Veuve Kamara c. Air France*, *Revue*, 1969, p. 262, note M. Simon-Depitre.

Ainsi, le conflit de lois prend le relais du droit uniforme, avec cet avantage que la règle de conflit applicable sera la même pour tous les Etats signataires : à défaut de l'application d'un même texte, on sera donc assuré qu'à une même relation juridique correspondra toujours la même loi uniforme, quel que soit le tribunal — d'un Etat contractant toutefois — saisi.

181. — L'interprétation de la convention est plus délicate lorsque, sur une matière non unifiée, elle se borne à renvoyer à la *lex fori*. Le procédé est fréquent (48). Cette désignation de la *lex fori* recèle une ambiguïté car la question a été discutée de savoir s'il fallait y voir une règle de conflit conventionnelle, donnant compétence à la loi substantielle interne du juge saisi, — comme il en va en matière de procédure — ou un abandon au profit de la législation nationale qui se trouve désormais libre de désigner le droit applicable par la mise en œuvre de ses propres règles de conflit.

Les jurisprudences des divers pays se sont divisées à cet égard, mais la tendance qui se dégage, à juste titre, en Europe et spécialement en France, est en faveur de la première solution, de l'admission, donc, d'une règle de conflit conventionnelle, ce qui correspond mieux aux buts des conventions. Il nous suffit, quant à nous, d'observer que l'unification se double *naturellement* d'un recours aux procédés les plus traditionnels du droit international privé.

182 — Le problème se pose-t-il dans les mêmes termes lorsque la convention n'a rien prévu pour la solution de certaines questions sur lesquelles elle est muette, en cas de véritable lacune ?

C'est l'exemple de la Convention de Varsovie réglant les conditions et limites de l'action en responsabilité qu'elle prévoit « sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs » (art. 24).

Cette question n'étant pas réglée par la convention, faut-il considérer que les Etats contractants recouvrent leur liberté d'action, en l'occurrence qu'ils détermineront les ayants droit de la victime par application de la loi désignée par leurs règles de conflit nationales ? Cette solution nous semble préférable à celle qui voit dans une telle disposition négative de la convention un renvoi implicite à la loi substantielle du for (49).

(48) Cf. l'Union de Berne et la Convention de Genève relatives aux droits de propriété littéraire et artistique renvoyant à la loi du pays où la protection est demandée (art. 4, al. 2). La Convention de Varsovie, en 1929, renvoyait, de même, avant le Protocole de La Haye de 1955, à la *lex fori* pour la détermination de la faute « équivalente au dol ».

(49) Cette seconde solution a cependant recueilli des suffrages : MANKIEWICZ, « Le sort de la Convention de Varsovie en droit écrit et en Common Law », *Mélanges Roubier*, t. II, p. 134 et s. — Mais, dans le sens émis au texte, voir l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 3 février 1971, S.A.S. c. *Compagnie La Fortune* (*Revue*, 1972.274, note M. Simon-Depitre) : « Toute règle de droit, dont l'application est nécessaire à la solution de ce litige, et qui ne se trouve pas dans

L'absence de solution, sur le plan conventionnel, entraîne en effet normalement, sauf dispositions expresses en sens contraire, un retour au droit commun, et ce droit commun, c'est l'application des règles de conflit et non l'application sans base objective de la *lex fori*.

183. — 2^o Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964.

Quelque thèse que l'on adopte, la Convention de La Haye de 1964, relative au contrat de vente internationale a prétendu exclure l'une et l'autre solution et résoudre, en une formule générale, celle de l'article 17, le problème que poseraient ses éventuelles lacunes.

L'article 17 est ainsi rédigé : « Les questions concernant des *matières régies* par la présente loi et qui ne sont *pas expressément tranchées* par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ». Cette disposition, qui fait ainsi une nette distinction entre *matières régies* mais non *tranchées*, et *matières exclues* de la convention, est sans précédent. Elle figure dans la convention relative aux obligations du vendeur et de l'acheteur, et n'a même pas été reprise dans la convention relative à la formation du contrat de vente. Mais on peut utilement en rapprocher le projet de convention établi, dans le cadre du Marché Commun, par le professeur Sanders en 1965, et destiné à élaborer le statut d'une *Société anonyme européenne*.

Selon l'article 1-7^o de ce statut : « 1. l'application et l'interprétation de ce statut doivent respecter son but, qui est la formation, par tous les Etats contractants, pour ce droit uniforme, d'un territoire unique. 2. Les questions concernant des *matières régies* par le présent statut et qui ne sont pas expressément tranchées par celui-ci seront réglées : a) selon les principes généraux dont ce statut s'inspire ; b) dans le cas où ces principes généraux n'offrent pas de solution, selon les règles communes ou les principes généraux prépondérants dans les ordres juridiques des Etats contractants ». Le projet abandonne au contraire au droit international privé les *matières* qui ne sont pas *régies* par le statut puisque « soumises au droit national applicable en l'espèce » (50).

« la Convention (de Varsovie) modifiée, doit être recherchée dans la législation française, puisque le contrat de transport (L.T.A.) a été conclu en France, et qu'il ne contient aucune disposition indiquant que les parties aient entendu se référer à la loi d'un autre Etat ».

Il s'ensuivait, en l'espèce, que par application de la loi française intervenant, non à titre de loi du for, mais comme loi substantielle désignée par la règle de conflit française, la Compagnie d'assurances La Fortune était régulièrement subrogée aux droits de la Société cocontractante du S.A.S. (Scandinavian Airlines System) : cf., en ce sens, la note de Mme Simon-Depitre, préc., p. 281, qui estime « l'affirmation surprenante », le contrat n'étant soumis à aucune loi nationale, mais à la convention. L'annotateur en déduit qu'en cas de lacune de celle-ci, « dans le mesure où le droit français reprend son empire, c'est à titre de loi du for », solution qui ne serait pas sans encourager le *forum shopping* !

(50) Ces distinctions et solutions ont été reprises par l'art. 7 de la proposition de règlement C.E.E. du Conseil, du 30 juin 1970, portant statut de la S.A. euro-

Un tel procédé de solution est louable car il paraît devoir seul répondre à un véritable besoin de ne pas réintroduire la diversité dans le domaine même que s'assigne la convention. Mais s'il paraît pouvoir atteindre ses objectifs dans le cadre nécessairement restreint d'une union régionale, telle celle existant entre les pays membres du Marché Commun, alors qu'existe au surplus le moyen technique — contrôle juridictionnel de la Cour de justice des communautés (51) — de les réaliser, les doutes les plus sérieux assaillent le commentateur de la Convention de La Haye.

Il appartiendra, en effet, à chaque juridiction nationale saisie de découvrir, dans chaque cas d'espèce, les « principes généraux » dont s'inspire la convention. Et pour peu que l'espèce soit suffisamment technique, les chances sont fortes pour que ces principes généraux coïncident avec les solutions reçues dans la législation du for... Il y aura donc, sans aucune possibilité de certitude juridique pour les contractants, pratiquement autant de « principes généraux » que d'Etats parties à la convention.

Les consultations et publications des décisions judiciaires les plus importantes prévues à la *Recommandation I* de l'acte final de la Conférence seront certes, si ces prescriptions sont observées, de nature à atténuer, voire supprimer, après coup ces divergences. Mais ces procédures, qui n'ont pas par ailleurs donné des résultats spectaculaires pour l'application des conventions les ayant prévues, ne sont pas telles qu'elles doivent assurer la sécurité du droit, ni faire réviser les procès jugés.

§ 3. — Conflits entre droit unifié et droit interne

184. — Cette dernière hypothèse de conflit se conçoit difficilement en présence d'une convention unifiante : le partage des compétences entre droit conventionnel et droit commun s'opère très naturellement autour de la nature, internationale ou interne de l'opération considérée, de sorte qu'aucune catégorie de normes ne peut empiéter sur le domaine de l'autre. Le fait s'est cependant produit, en droit français, à l'occasion de l'application de la Convention de Bruxelles de 1924 relative aux transports maritimes effectués sous connaissance.

On imagine encore moins qu'un conflit puisse s'élever entre le droit interne de source législative et les normes introduites dans ce même droit interne par une convention portant loi uniforme ; la question a cependant, là aussi, été soulevée.

peenne, qui a remplacé le « Projet Sanders ». Mais nous ne ferons pas davantage état de ce document puisque, règlement communautaire, il nous fait sortir du domaine des conventions internationales.

(51) Art. 1-6 du Projet Sanders.

Nous reprendrons, dans un ordre inverse d'exposition, ces deux problèmes.

A. — CONFLITS ISSUS DE LA LOI UNIFORME.

185. — Les Conventions de Genève de 1930 et 1931 ont inséré dans notre législation des normes unifiées en matière d'effets de commerce, normes qui sont devenues de véritables règles du droit interne applicables aux relations tant internes que, le cas échéant, internationales.

S'il est vrai que la loi uniforme est « complètement orpheline », ayant « perdu sa mère le jour où la France l'a adoptée », selon l'image de M. Malaurie, il semble toutefois que la Cour d'appel de Nîmes l'ait dotée d'un tuteur.

Devant cette juridiction, le 22 mai 1968 (52) se plaidait la cause suivante : une société italienne se prévalait de la Convention de Genève du 7 juin 1930 dont *l'annexe I*, article 74, dispose « qu'aucun jour de grâce, ni légal ni judiciaire, n'est admis », pour réclamer le paiement de deux lettres de change dont elle était créancière à un commerçant rapatrié qui, lui, entendait faire état des lois françaises des 11 décembre 1963 et 6 juillet 1966 instituant, en faveur des rapatriés, des mesures de protection juridiques et permettant notamment au juge l'octroi de délais de paiement.

Y avait-il conflit entre la Convention portant loi uniforme de 1930 et les lois françaises ? Ainsi que tous les commentateurs l'ont noté, elles n'étaient nullement incompatibles puisque, lors de la signature de la convention, la France avait déclaré vouloir faire état de la réserve prévue à *l'article 22 de l'annexe II* ; cette réserve lui permettait d'édicter « des dispositions exceptionnelles d'ordre général relatives à la prorogation des délais... et à la prorogation des échéances », telles que les lois de 1963 et 1966.

A la différence du Tribunal de commerce d'Avignon dont elle infirme la décision, la Cour de Nîmes reconnaît cependant l'existence d'un tel conflit qu'elle résout en faveur de la Convention de Genève : les lois de 1963 et 1966 ont en effet « tacitement réservé l'application « des traités ou accords internationaux pour lesquels *l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958* dispose qu'ils ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité « de son application par l'autre partie ». Et la cour vérifie que « l'autre partie », l'Italie, pays avec lequel l'affaire présentait certains rattements, applique également la Convention de Genève.

On reconnaît là deux arguments classiques en ce sens qu'ils ont déjà, aux yeux des juges, fait leurs preuves en jurisprudence : on explique la contrariété de la loi et du traité par une nécessaire

(52) *J.C.P.*, 1969.II.16002, note M. Simon-Depitre ; *Revue*, 1969.448, note P. Francescakis ; *Clunet*, 1970.687, note C. Gavalda.

réserve que le législateur a faite pour le présent et l'avenir en faveur des traités internationaux (53); on renforce cette position par l'affirmation, appuyée sur la Constitution de 1946 puis celle de 1958, de la supériorité du traité sur la loi interne.

186. — Le raisonnement, en ce qu'il en appelle à la Constitution et notamment à la dernière en date, peut être l'objet de critiques (54), mais il est surtout parfaitement inopérant dès lors que le traité en cause porte loi uniforme, intégrée dans le droit interne des Etats contractants : en modifiant ce droit, le législateur fait nécessairement échec au traité antérieur dont on ne peut considérer qu'il ait été « réservé » (55).

On relève tout d'abord l'appel très critiquable, en ce domaine, à la réciprocité diplomatique (56). Le texte uniforme admis dans la législation interne vaut pour les relations tant internes qu'internationales, et quel que soit le pays avec lequel les relations se nouent : *ubi lex non distinguit...*

Il faut surtout bien voir que, en relevant le conflit entre la loi interne et le traité portant loi uniforme, la Cour de Nîmes ignore deux puissantes réalités. La première veut que le texte issu des travaux de Genève dont peuvent se prévaloir les particuliers n'est pas la convention, mais le texte uniforme figurant en annexe et incorporé, pour la France, avant même la ratification de la convention, au Code de commerce : ce n'était pas l'article 74 de l'annexe I dont l'application était en cause mais l'article 182, alinéa 2 du Code de commerce français. Quant à la convention proprement dite, elle n'a d'effets qu'entre les Etats dont elle détermine les obligations, sans que les particuliers puissent prétendre y puiser des droits (57). C'est une évidence qui s'impose indépendamment de la conception que l'on adopte par ailleurs sur l'épuisement des effets de la convention, et sur le point de savoir s'il faut, après l'avoir intégrée, la « larguer comme un élément de propulsion d'un engin spatial », selon la formule de M. Malaurie.

Il existe en effet une seconde réalité à laquelle se heurte le juge désireux de résoudre ce conflit qu'il forge : une telle tâche va l'amener à sortir doublement de son rôle, en vidant de son contenu la loi interne — en ne respectant pas, ainsi, l'ordre du législateur — d'une part, en abordant le contrôle de constitutionnalité des lois qui lui est interdit, d'autre part.

(53) Voir déjà Cass. civ., 4 févr. 1936, *Zumkeller*, *Revue*, 1936.457.

(54) Cf. notamment P. FRANCESKAKIS, « Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires », *Revue*, 1969.425.

(55) Voir pour cette critique : M. SIMON-DEPITRE, *J.C.P.*, 1969.II.16002; C. GAVALDA, *Clunet*, 1970, p. 690-691 et H. BATIFFOL, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, p. 44, n° 39.

(56) Cf. GAVALDA, *Clunet*, 1970, p. 691.

(57) En ce sens, P. FRANCESKAKIS, note préc., *Revue*, 1969, p. 452.

187. — Pour en revenir à cette espèce, la Cour de Nîmes se devait, comme l'avait fait en première instance le Tribunal de commerce, d'appliquer les lois de 1963 et 1966 (58). Si le contenu de ces lois apparaissait comme une violation manifeste de ses engagements internationaux par le Gouvernement français — engagements consistant à introduire et *maintenir* le contenu de la loi uniforme —, il n'appartiendrait ni aux particuliers ni aux juges de dégager la sanction de cette violation, à savoir la responsabilité internationale de l'Etat français.

On sait qu'à diverses reprises, la France a modifié quelque peu le texte uniforme (59). Aucune protestation sur le plan diplomatique ne s'en est cependant suivie. En l'occurrence il n'y avait pas violation des engagements pris, pour deux raisons. La première est que, ainsi qu'on l'a fait ressortir, la mesure générale prise par le législateur français, s'étendant tant aux matières civiles qu'aux matières commerciales, ne visait pas à contrevenir directement au droit conventionnellement adopté; cette mesure répondait même au souci qu'avaient eu les rédacteurs de la convention en prévoyant, dans l'*annexe V* de la convention, cette nécessité. De plus, la France avait adopté la réserve légitimant de sa part de telles mesures : ainsi, en aucun cas, sa responsabilité n'aurait pu être engagée.

La Cour de Nîmes aurait donc dû, en toute hypothèse, appliquer les lois de 1963 et 1966. Elle aurait, ainsi, non seulement fait économie de moyens, mais encore évité d'unanimes et justifiées critiques.

Nous concluons, élevant l'affirmation au-dessus des données de l'espèce et notamment faisant abstraction de la présence d'une réserve à la convention ratifiée par la France, qu'il ne saurait y avoir de conflits — aux yeux du juge — entre le droit interne unifié et le droit interne « ordinaire », la seule sanction susceptible de découler d'une telle incompatibilité résidant dans la mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat français, sur le plan diplomatique.

B. — CONFLITS ISSUS DES CONVENTIONS UNIFIANTES.

188. — L'adoption de la Convention de Bruxelles de 1924 relative aux connaissements a été, en France, la source de conflits entre normes conventionnelles et normes du droit interne.

Cette convention pose un problème quant à la détermination de son champ d'application. Elle déclare en effet s'appliquer à « tout connaissement créé dans un Etat contractant », sans faire allusion à une nécessaire internationalité du transport. Mais, en France particulièrement, cette convention intervenait dans le cadre d'une

(58) Cf. GAVALDA, note préc., *Clunet*, 1970, p. 692.

(59) Cf. LESCOT et ROBLOT, *Les effets de commerce*, 1953, t. I, n° 66.

législation préexistante et qui devait demeurer applicable aux rapports internes (60).

Quels devaient être, en ces circonstances, les domaines respectifs du droit interne et du droit conventionnel ? Une occasion nouvelle de conflits s'ouvrait.

Nous étudierons en premier lieu la question telle qu'elle s'est posée jusqu'en 1966-1968, dates auxquelles la loi française a été modifiée (61), alors que la convention faisait l'objet d'un Protocole modificatif (62) (63), puis après ces dates.

189. — 1^o Sous le régime de la Convention de 1924, les Etats se sont partagés sur l'interprétation à donner à l'article 10 de la convention. Certains pays lui donnèrent le champ d'application le plus large, étendant par ailleurs les dispositions conventionnelles aux rapports du droit interne ce qui, de fait, supprimait toute cause de conflit. Ce fut le cas du droit anglais (64) et du droit belge (65) entre autres, qui adoptèrent ainsi l'attitude observée par la France vis-à-vis de la Convention de Varsovie de 1929 (66).

Il en allait autrement dans les pays qui, comme la France, avaient une législation interne : l'adoption de la convention ne risquait-elle pas de priver celle-ci de toute occasion d'intervention ? Cette situation, application de la convention au mépris de la loi interne, était-elle justifiée en présence d'un transport effectué d'un port français à un autre port français, toutes les parties au connaissement étant françaises, et le connaissement rédigé en français ?

La doctrine ni la jurisprudence ne l'ont pensé ainsi, et ajoutèrent au texte de l'article 10 de la convention une exigence d'internationalité du transport. Ainsi que l'exprime la Cour de Paris (67) : « Cette pluralité de normes à l'intérieur d'un même système juridique que oblige à cantonner l'application de chaque texte à un domaine particulier ; ni l'un ni l'autre de ces textes ne précise expressément la frontière qui sépare leurs domaines propres ; cependant, de l'objet même de la Convention de Bruxelles il résulte que celle-ci s'applique

(60) Loi du 2 avril 1936. Rappelons que la convention n'a été introduite en France que par le décret du 25 mars 1937.

(61) Loi n° 66-420 du 18 juin 1966, Décr. n° 66-1078 du 31 déc. 1966, entrée en vigueur le 11 avril 1967, et abrogeant les art. 229, 273 à 310 et 433 C. com., et la loi du 2 avril 1936.

(62) Signé à Bruxelles en février 1968.

(63) Cf. M. SIMON-DEPITRE et Claire LEGENDRE, « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transports maritime et le droit international privé », *Clunet*, 1967.598 ; J. C. SOYER, « Les aspects de droit international privé de la réforme du droit maritime », *Clunet*, 1969.610.

(64) Loi du 1^{er} août 1924.

(65) Loi du 28 nov. 1928.

(66) La loi française du 2 mars 1957 en a étendu les dispositions aux transports aériens internes.

(67) 2 nov. 1965, *Compagnie générale Transatlantique*, *Clunet*, 1966.642, note Jambu-Merlin.

« lorsqu'il s'agit d'un transport maritime international — d'où il « suit que la loi du 2 avril 1936 ne concerne que les transports maritimes n'impliquant aucun rapport international ».

190. — La jurisprudence a dès lors dû définir ce qu'elle entendait par transport « international ». Une première tendance s'est dégagée visant à considérer la nationalité des parties au contrat, notamment celle du chargeur et du transporteur. Elle a cependant été critiquée et n'a jamais formellement été consacrée par la Cour de cassation (68). Elle tend à être abandonnée au profit d'une directive plus objective démarquée des critères adoptés par nombre de conventions internationales, qui s'attache au fait que le transport s'effectue entre deux ports d'États différents, dont l'un est un État contractant.

Le critère de la nationalité connaît, toutefois, encore des applications sporadiques. Ainsi, la Cour de Rouen (69), mettant en regard ce critère et celui de la localisation géographique des ports d'embarquement et de destination, estime que le premier ayant les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, doit être retenu : « en effet, lorsque les parties au contrat possèdent la même nationalité, il n'existe aucune raison de les soustraire à l'application de leur loi nationale pour les soumettre à une convention internationale créée pour prévenir un conflit de lois qui ne peut alors exister » (70).

L'arrêt précité de la Cour de Paris a cependant consacré la seconde tendance, objective, qui s'implante de plus en plus, et, à propos d'un transport effectué de France — La Pallice — à la République de Panama, non partie à la Convention de Bruxelles — port de Colar, définit le transport international par référence à la célèbre jurisprudence *Matter* : « De même qu'un paiement est international « ou national selon qu'il implique ou non un règlement pécuniaire « au-dessus des frontières, de même un transport maritime est par « nature international lorsque la marchandise est déplacée de France « vers un pays étranger » (71).

Il est à noter que les nombreuses divergences existant entre le texte de la convention et les dispositions de la loi interne donnaient tout leur relief à ces problèmes de conflits.

191. — 2° Les difficultés soulevées par l'interprétation de l'article 10 de la Convention de Bruxelles furent examinées sur le

(68) Voir Cass., 15 juin 1959, *Canada, D.M.F.*, 1960.656, et Cass., 10 nov. 1959, *Compiègne, D.M.F.*, 1960.141.

(69) 18 févr. 1966, *Revue*, 1966.279, note critique Jambu-Merlin.

(70) Ce qui est, évidemment, une manière de résoudre le problème en le niant : cf. la note de M. Jambu-Merlin préc., p. 280. Les circonstances de l'espèce étaient cependant assez particulières, s'agissant du transport d'un port français à un port dahoméen, tous deux pays soumis à la loi de 1936, et toutes les parties étant françaises.

(71) Paris, 2 nov. 1965, *Clunet*, 1966.642, note approbative Jambu-Merlin.

plan international. Différentes sessions du Comité maritime international (72) se tinrent sans qu'aucun accord se fit jour. Le texte proposé visait à appliquer la convention « à tout connaissance relatif à un transport de marchandise *d'un Etat à un autre* et sous l'empire duquel le port de chargement, le port de déchargement... se trouve dans un Etat contractant, quelle que soit la loi régissant le connaissance et quelle que soit la nationalité du navire, du chargeur, du destinataire et de tout autre intéressé ».

Le texte adopté à la Conférence de Bruxelles de 1968 s'en distingue, puisque, désormais, la convention s'appliquera aux transports de marchandises entre ports relevant de *deux Etats différents*, lorsque le connaissance sera émis dans un Etat contractant, ou que le transport aura lieu au départ du port d'un Etat contractant, ou encore lorsque le connaissance contiendra une clause désignant la Convention de Bruxelles (73).

Ces précisions sont de nature à éliminer de telles occasions de conflit. Avant leur adoption était cependant intervenue la loi de 1966 qui, prise en France dans le cadre d'un vaste mouvement de réforme du droit maritime (74), contient des dispositions beaucoup plus proches de celles de la Convention de Bruxelles que celle qui l'avait précédée. Sa promulgation n'en écarte pas, pour autant, toute hypothèse de distorsion (75).

192. — La loi du 18 juin 1966 a un domaine composite : elle s'applique à la fois à l'affrètement et au transport de marchandises — mais en dotant le premier d'une règle de conflit autonome (loi du pavillon en principe) elle met fin à la confusion jugée fâcheuse qui existait antérieurement, en droit interne, entre ces deux contrats —, au transport de passagers et aux entreprises de manutention. Ce qui est remarquable, c'est qu'elle contient des règles de conflit (76) en son *article* 16, relativement aux transports de marchandises (77).

Selon l'*article* 16-1°, la loi s'applique « aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis

(72) A Rijeka en 1959 et à Stockholm en 1963.

(73) *Clause Paramount* : cf. *supra*, n° 172, note 19.

(74) Cf. SOYER, « Les aspects de droit international privé de la réforme du droit maritime », *Clunet*, 1969.610.

(75) Notamment, le forfait retenu pour limiter la responsabilité du transporteur en cas de dommages subis par la marchandise varie du simple au double selon que l'on envisage la loi ou la convention. Les conflits conservent également un intérêt surtout si l'on songe que les principales puissances maritimes n'ont pas ratifié la Convention de Bruxelles !

(76) Ce caractère est discuté : pour Mme Simon-Depitre, ce sont des règles de conflit (*Clunet*, 1967, p. 605), mais pour M. Soyer, il s'agit de « règle d'application immédiate » (*Clunet*, 1969, p. 618).

(77) Au contraire, la loi reste muette sur les transports de passagers mais peu de difficultés risquent de se produire, sur le plan des conflits, la Convention du 29 avril 1961 fixant précisément son domaine d'application. De plus, il y a très peu de divergences entre les dispositions adoptées au fond.

à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention».

On peut donc penser que cette double précision mettra fin à la jurisprudence « océanesque mais aussi marécageuse » (78) à laquelle nous avons, brièvement, fait allusion : ou bien le transport est soumis, en vertu des critères adoptés à Bruxelles en 1968, à la convention internationale, ou bien il est soumis à la législation française — si celle-ci est compétente selon ses propres critères d'application.

La loi prévoit même l'application successive des deux catégories de normes : son domaine est, en effet, plus étendu quant aux opérations matérielles qu'elle englobe que celui de la convention, la convention ne s'appliquant que depuis le chargement jusqu'au déchargement des marchandises, alors que la loi française vise les opérations « depuis la prise en charge jusqu'à la livraison » : rien ne s'oppose donc à un sectionnement juridique des opérations.

On vérifie ici qu'il est impossible d'échapper, en quelque façon, à l'application de la technique, qui a fait ses preuves, des conflits de lois dont le jeu en est précisé, assez curieusement, dans la législation nationale.

SECTION II

PROBLÈMES RELATIFS A L'INTERPRÉTATION DU DROIT UNIFIÉ

193. — Aux causes de conflits que nous avons qualifiées de « structurelles », et résultant de la nécessaire limitation du domaine des conventions internationales d'uniformisation, s'ajoute une insidieuse désunion dans l'union prenant son origine dans les divergences d'interprétation du droit uniforme.

L'application de ces conventions est, en effet, normalement confiée aux juridictions nationales de chaque partie contractante. Cette application ne s'opère pas sans un certain « enrichissement », selon le terme de M. Goldman (79), de la convention. L'apport particulariste de chaque jurisprudence croît ainsi au fur et à mesure que la convention vieillit, de sorte qu'à la longue, les Etats peuvent, en fait et non en droit, ne plus se trouver liés par la même convention.

Les exemples de ces divergences abondent, et il est de coutume de mentionner celles qui ont dissocié le sens et la portée de trois des plus importantes conventions : Convention de Bruxelles de

(78) J. C. SOYER, *op. cit.*, p. 611.

(79) *Clunet*, 1964, p. 808.

1924, Convention de Varsovie de 1929 et Conventions de Genève de 1930-31 (80).

194. — Or, si « l'uniformité législative appelle, comme un complément nécessaire, l'uniformité d'interprétation » (81), aucun moyen réellement satisfaisant n'a jusqu'à présent été proposé ni expérimenté en vue de pallier ou réduire, voire entraver ces divergences d'interprétation. On a, ainsi, reprochant aux conventions de réaliser un rapprochement formel malgré les divergences conceptuelles, et mettant l'accent sur les problèmes linguistique et rédactionnel, présenté diverses méthodes d'élaboration « scientifique » des conventions. D'autres, plus sensibles à l'incorporation de la convention au droit national, cause selon eux, des divergences, ont dégagé la nécessité d'adopter une méthode commune d'interprétation des textes uniformes par la recherche, à travers la volonté des auteurs de la convention, de qualifications internationales à défaut desquelles jouerait la « libre recherche scientifique » (82). Enfin, l'absence d'un organe régulateur commun a paru un facteur essentiel de la désunion à ceux qui ont proposé, sous différentes modalités, le moyen de la création d'une juridiction supranationale.

A ces divers procédés, qui se heurtent tous plus ou moins à des impossibilités, et sont de caractère imparfait (83) s'ajoute celui, classique, de la révision de la convention. De ce procédé, nous savons, pour l'avoir déjà rencontré, qu'il est fort long à mettre en œuvre, laissant donc se développer et subsister sans remède — pendant un laps de temps très étendu — les divergences. Nous avons également vu qu'il est source d'un renouveau des conflits de lois, la révision introduisant en réalité une nouvelle convention et laissant les Etats libres d'y souscrire ou de préférer demeurer liés par le premier texte qui a précisément fait l'objet des interprétations divergentes (84).

La tendance est cependant apparue à une époque relativement récente, en France notamment, de résoudre ces divergences — du moins d'en atténuer les effets les plus choquants — par emprunt aux mécanismes traditionnels du droit international privé, et de traiter les conflits de jurisprudences en termes de conflits de lois. Dans l'attente de l'intervention d'un mécanisme plus complexe et plus lourd destiné à rétablir l'unité là où elle s'est défaite, on pense ainsi parvenir à ordonner le désordre.

(80) Cf. SALÈS, *Droit uniforme et conflits de lois*, Thèse, Paris, 1966, p. 24 et LESCOT, « L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *J.C.P.*, 1963.I.1756.

(81) LESCOT, *id.*

(82) Voir en ce sens surtout LESCOT, *préc.*, *J.C.P.*, 1963.I.1756.

(83) Voir SALÈS, Thèse *préc.*, p. 110 et s., pour l'étude détaillée et la critique de ces procédés.

(84) Cf. *supra*, n° 174 et, sur les méthodes « nouvelles » de révision accélérée, proposées par Sauveplanne et Nadelmann : SALÈS, *id.*, p. 186 et s.

L'intervention, dans le domaine même du droit unifié, des conflits de lois s'est d'abord révélée essentiellement dans l'interprétation des lois uniformes. Les solutions auxquelles on est ainsi parvenu ont été contestées, et considérées en tout cas comme insusceptibles d'extension à l'interprétation des conventions unifiantes. Il convient donc, une fois encore, d'envisager successivement ces deux types de conventions.

§ 1. — Interprétation des lois uniformes

195. — De toutes les dispositions des Conventions de Genève de 1930 et 1931 ayant fait l'objet d'interprétations divergentes, l'article 31, *alinéa* 4, de la loi uniforme concernant la lettre de change et le billet à ordre a connu une fortune singulière.

Ce texte dispose que « l'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné ; à défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur ». Le problème que pose ce texte est celui de savoir quelle est la force de la présomption qu'il édicte : est-elle, ou non, susceptible de la preuve contraire ?

Les jurisprudences des divers pays se sont divisées sur cette interprétation. Les tribunaux suisses et autrichiens ont admis qu'il y avait là une simple présomption *juris tantum* souffrant la preuve contraire. Après quelques hésitations, le *Bundesgerichtshof*, désavouant les cours d'appel, se ralliait, le 15 novembre 1956, à ce camp « libéral ».

Au contraire, en France, en Italie, au Portugal ... la solution rigoureuse inverse a prévalu. Cette solution résulte, en France, de cinq arrêts rendus le 23 janvier 1956 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, suivis d'un arrêt rendu toutes Chambres Réunies, afin de briser la résistance des cours d'appel, le 8 mars 1960 (85) : le texte discuté ne formule pas une règle de preuve, mais limite envers tous — du moins sur le plan du droit cambiaire — l'engagement de l'évaliste à la seule garantie du tireur.

196. — Sur ce point limité, il y avait donc deux Conventions de Genève et non pas un texte uniforme : ceci permettait le *forum shopping* et, en tout cas, rendait possible la contrariété des solutions pour un même rapport juridique.

La divergence apparaît d'abord aux juges allemands : le *Bundesgerichtshof*, le 29 octobre 1962, approuve les juges du fond d'avoir décidé que la loi française était la loi applicable à l'aval souscrit en France par un Allemand. Sur cette base, les juges du fond ont pu déclarer sans recours le porteur négligent au regard du tireur :

(85) D., 1961.209.

négligent au regard du tireur, il l'est également envers l'avaliste et la faillite du tiré complétait ce défaut de recours (86).

Le 4 mars 1963, la Cour de cassation française, Chambre commerciale (87) rend la politesse à la haute juridiction allemande. Cet arrêt rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Colmar qui déboute le tireur de six lettres de change de sa demande en paiement contre l'avaliste qui n'a pas indiqué pour qui l'aval était donné. Le pourvoi s'appuyait sur deux arguments : en premier lieu, défaut de réponse aux conclusions selon lesquelles les effets de la signature de l'avaliste auraient dû être déterminés en fonction de la loi du lieu où elle avait été donnée, soit la loi allemande ; en second lieu, défaut de réponse aux conclusions suivant lesquelles, en Allemagne, la présomption attachée à la signature de l'avaliste est susceptible de preuve contraire.

Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation confirme l'interprétation donnée par les Chambres Réunies en 1960 de l'article 136, *alinéa* 6 du Code de commerce reproduisant le texte uniforme adopté à Genève. Mais l'intérêt de l'arrêt provient de ce que la solution est fondée sur l'application de l'article 31, *alinéa* 4 de la loi allemande. Indépendamment du fait que l'interprétation de cette « loi allemande » — ou de la jurisprudence allemande — était, en l'espèce, erronée, nous relevons donc ici une démarche analogue à celle opérée par le *B.G.H.*

Cette démarche part du sentiment que la loi uniforme, pour être intégrée dans les ordres juridiques nationaux, a pris la nature d'une loi allemande, française, suisse ... dont le domaine d'application se détermine par recours aux règles de conflit. Les divergences d'interprétation ne font que révéler le bien-fondé de ce sentiment.

Quant à la règle de conflit employée, elle coïncide dans l'un et l'autre arrêt avec la règle conventionnellement adoptée le 7 juin 1930 à Genève (88) qui soumet chaque endossement ou aval à la loi du pays dans lequel la signature a été donnée.

197. — Ces décisions ont été diversement accueillies. Le raisonnement, critiqué par MM. G. Lagarde (89) et Lescot (90) a été approuvé par M. P. Lagarde (91) ainsi que — sous réserve de quel-

(86) Cf. G. LAGARDE, « Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre », *Mélanges Secrétan*, p. 151 et s.

(87) Arrêt *Hocke*, *Revue*, 1964.264 ; *J.C.P.*, 1963.II.13376, note Lescot ; *Clunet*, 1964.806, note Goldman.

(88) Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre.

(89) Critiques adressées à l'arrêt du *B.G.H.* in « Portée internationale de l'interprétation nationale... », *préc.*, *Mélanges Secrétan*, p. 151 et s.

(90) Note au *J.C.P.*, 1963.II.13376, et sa chron. « L'interprétation judiciaire... », *préc.*, *J.C.P.*, 1963.I.1756.

(91) « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *Revue*, 1964.235.

ques précisions importantes — par M. Goldman (92). La discussion a été située sur un terrain à la fois théorique et pratique.

198. — *a)* Les auteurs hostiles à la solution de l'arrêt *Hocke* font prévaloir l'aspect international de la loi uniforme, s'attachant à la source plus qu'à l'effet de la convention.

Pour M. Lescot, la loi uniforme ne peut en aucun cas être considérée comme une loi étrangère, car « une seule et même législation régit dans les deux pays le droit du change ». M. Gaston Lagarde, quant à lui, ne nie pas que la loi uniforme soit devenue partie intégrante de la législation de chaque Etat, mais « il en résulte simplement qu'appliquer la loi uniforme, c'est toujours, pour le juge de cet Etat, appliquer la loi du for ». La question préalable est celle de savoir si la loi compétente est la loi uniforme ; si oui, il n'existe pas d'autre règle de rattachement.

Mais la question est précisément de savoir si la loi unifiée est applicable. A la différence des règles de droit matériel contenues dans les conventions unifiantes, le droit unifié a un domaine d'application analogue à celui de n'importe quelle norme du droit interne (93)

La règle de rattachement mise en œuvre ne donnera pas compétence à la convention, qui n'a pas de domaine d'application propre, mais à telle ou telle loi ayant intégré la convention. Il n'y a pas, au surplus, place pour une application de la convention à titre de loi du for — qui serait comme telle applicable, à n'importe quel litige — ni pour une « loi commune » aux Etats contractants, loi qui ne peut exister (*ubi potestas, ibi jus*) en l'absence d'un pouvoir politique commun.

Les critiques de MM. Lescot et G. Lagarde proviennent de ce que ces auteurs attachent trop de considération à la source de la loi uniforme. On a, au contraire, et à juste titre, mis l'accent sur le fait que la convention épuise ses effets dès que les Etats ont intégré à leur législation l'annexe contenant la loi uniforme : la loi uniforme est « orpheline », elle est adoptée par le droit interne qui la colore selon ses conceptions, au demeurant, « dans l'état actuel du droit international public, la solution qui entend exclure la naturalisation de la loi uniforme l'intègre finalement bien davantage dans les ordres nationaux, à titre de quasi *lex fori* » (94). Nous sommes, ici, bien près des arguments, plus pratiques, qui ont été échangés.

199. — *b)* M. G. Lagarde fait valoir que le « conflit de jurisprudences » n'est pas un « conflit de lois », ensuite que « la loi uniforme supprime tous les conflits de lois dans toutes les matières qu'elle régit ».

(92) *Clunet*, 1964.806.

(93) En ce sens, B. GOLDMAN, note préc. au *Clunet*, 1964.

(94) MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 91 et s.

L'observation de la réalité, à laquelle se sont montrés sensibles MM. Paul Lagarde et Goldman, plaide contre ces affirmations. Elle démontre que de tels conflits existent — indépendamment de leur source — en fait et que — « étant apparemment inévitables aussi longtemps que l'application de ces textes ne sera pas assurée, ou du moins contrôlée par une juridiction internationale unique — *mieux vaut les coordonner que les ignorer* » (95). M. P. Lagarde ajoute l'argument puissant selon lequel cette solution évite le « *forum shopping* » : ainsi, « la divergence d'interprétation ne serait pas réduite, mais, grâce à cette mise en ordre, ses plus graves inconvénients seraient écartés » (96).

M. Lescot fait cependant valoir une dernière raison pratique. Selon lui, voir dans la loi uniforme une loi étrangère, entraîne éventuellement la Cour de cassation à refuser de contrôler l'interprétation qu'en font les juges du fait — ce qui n'est pas inexact, puisque l'arrêt *Hocke* en fournit l'exemple. Cette attitude peut donc mener la Cour de cassation « à se mettre en contradiction avec elle-même ». La contradiction résiderait, ainsi, dans le fait que, la Cour de Colmar ayant correctement interprété la jurisprudence allemande, la Cour de cassation aurait également rejeté le pourvoi et consacré de la sorte une solution contraire à celle des Chambres Réunies, résultat qui paraît très choquant à M. Lescot !

Nous ne voyons là, pour notre part, rien qui soit choquant. Le droit des conflits de lois amène normalement l'application de lois étrangères dont les solutions diffèrent des nôtres, solutions que nous acceptons, sous réserve de l'ordre public. Cette attitude manifeste donc une volonté délibérée d'appliquer envers et contre tout la solution jurisprudentielle *française*. Faut-il en croire que celle-ci respecte mieux le texte conventionnel, et qui permettrait de l'affirmer ?

Cette dernière discussion nous entraîne tout naturellement à considérer les conditions qui, selon les partisans de l'utilisation, en la matière, des conflits de lois, doivent être réunies pour qu'elle serve à coordonner les droits nationaux divergents en fait.

200. — Les auteurs favorables à l'emploi des règles de conflit en vue de résoudre les divergences d'interprétation des lois uniformes, assortissent en général — c'est le cas de MM. Goldman et P. Lagarde — cette approbation de réserves que l'on peut regrouper en trois conditions dont l'une au moins faisait défaut dans le raisonnement suivi par l'arrêt *Hocke*.

(95) B. GOLDMAN, note préc., *Clunet*, 1964.806.

(96) P. LAGARDE, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme... », *Revue*, 1964, p. 246.

201. — a) Selon M. P. Lagarde, la divergence des interprétations doit revêtir une certaine importance. Si l'utilisation des conflits de lois était, en effet, posée en principe — expose M. Lagarde (97) — ainsi que la nécessité pour le juge de rechercher systématiquement l'interprétation étrangère, le résultat pourrait être désastreux : « Le bon sens commande de ne tenir compte d'une interprétation divergente étrangère que si elle résulte avec certitude d'une jurisprudence nette du tribunal suprême de cet Etat étranger... »

Nous reconnaissons la valeur de cette considération, en son second point : il ne faut pas créer de conflits là où il n'y en a pas. Un certain degré d'importance de la « faille » est donc nécessaire, et la discordance doit très certainement exister au niveau des juridictions supérieures pour pouvoir être utilement considérée. Elle n'a, sinon, pas plus d'importance que les divergences qui existent entre les jurisprudences des tribunaux ou Cours d'appel d'un même pays et se réduisent normalement par l'intervention unificatrice d'une juridiction supérieure. Entre des pays différents, au contraire, la divergence d'interprétation entre jurisprudences des plus hautes juridictions n'est pas susceptible d'être résolue, faute d'une juridiction apte à assumer ce rôle : le recours aux règles de conflit trouve ici sa justification.

Mais, contrairement à M. P. Lagarde, nous estimons que l'utilisation des règles de conflit doit, en bonne logique, si l'on part de l'observation que la loi uniforme est devenue une loi interne, être de principe. Application de principe, donc, mais destinée à ne se produire que dans les hypothèses où le conflit est patent. Il semble que cette première condition était bien réalisée s'agissant de l'interprétation de l'article 31-4 de la Convention de Genève.

202. — b) Les deux autres restrictions font plutôt figure de règles destinées à guider la bonne utilisation de la règle de conflit.

Pour que la règle de conflit joue son rôle de remise en ordre, il est tout d'abord, en effet, nécessaire que cette règle soit la même pour les différents Etats ayant intégré le droit uniforme. Ceci assurera que, par delà la divergence fatale et non accidentelle, du moins « un rapport juridique composé des mêmes éléments sera toujours gouverné par la même règle matérielle, quel que soit le juge qui en connaisse ». Cette condition se trouve formulée, tant par M. Goldman (98) que par M. P. Lagarde (99). C'est la seule façon d'éviter que, la solution variant selon la juridiction saisie, les plaideurs soient amenés à jouer des règles de compétence juridictionnelle.

Mais quelles seront ces règles de conflit communes aux Etats contractants ? Dans le cadre particulier des Conventions de Genève, l'existence des conventions annexes relatives au règlement de

(97) Chron. préc., *Revue*, 1964, p. 248 et s.

(98) Note préc. au *Clunet*, 1964, p. 809, d'où ce passage est extrait.

(99) *Revue*, 1964, p. 250.

certains conflits de lois paraît apporter la réponse à la question. La doctrine, là encore, s'est divisée. Les auteurs favorables à l'analyse conflictuelle du problème recommandent l'emploi de ces règles de conflit conventionnelles. Mais, en sens inverse, on a prétendu que ces normes étaient destinées à intervenir dans les domaines non couverts par l'unification, et qu'on leur faisait ainsi jouer un rôle pour lequel elles n'avaient pas été conçues. L'objection n'est pas sérieuse : les règles de conflit conventionnelles sont élaborées pour pallier *toutes* les insuffisances de l'unification. De plus, l'argument ne vaut rien en comparaison des avantages pratiques, qui sont décisifs, de cette solution.

La jurisprudence semble d'ailleurs y avoir recouru d'instinct, bien que l'arrêt *Hocke* ne soit pas, à cet égard, très explicite (100).

Enfin, le jeu des conflits de lois devant aboutir à faire prévaloir l'interprétation étrangère « compétente » qui est donnée de la loi uniforme, la règle de conflit doit « assurer la coordination des interprétations nationales par leur mutuel respect ».

Le refus par la Cour de cassation française de contrôler l'interprétation que font de la loi étrangère, et sauf dénaturation — qui semble devoir être très rarement relevée —, les juges du fond n'est pas de nature à satisfaire cette condition. Elle le sera d'autant moins qu'il s'agit de jurisprudence, et non de loi étrangère.

Ceci explique que le pourvoi formé par le sieur *Hocke* était certainement voué à l'échec. Si cela paraît critiquable, la jurisprudence se révélant alors comme la seule source de droit, la solution contraire semble difficile à établir. Le contrôle de la dénaturation est exercé avec un maximum de discrétion de la part de la Cour de cassation (101) et son extension à la dénaturation de la jurisprudence étrangère est des plus douteuses. Un contrôle des motifs pourrait plus facilement être mis en œuvre, et aurait pu être retenu dans l'affaire *Hocke*. Mais il s'agit là d'un procédé limité, ne permettant notamment pas à la Cour de cassation d'affirmer le sens qui lui paraît juste de la loi étrangère (102).

203. — Ce point est essentiel pour que l'utilisation des règles de conflit conserve une signification : il est en effet susceptible de tout remettre en cause si, sous prétexte d'application de la « loi uniforme étrangère », la jurisprudence nationale fait prévaloir sa propre version du texte uniforme. Un tel détour serait inutile et il suffirait alors, faisant l'économie de moyens, de nier tout conflit d'interprétation et d'appliquer en tout état de cause sa propre

(100) La solution de l'arrêt, sur le terrain de la règle de conflit, ne semble pas toutefois devoir résulter du droit commun : cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n° 549. Voir cependant : *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Effets de commerce*, n° 61, par Loussouarn et Bredin.

(101) Cf. Cass. civ., 12 févr. 1963, *Revue*, 1964.121, note P. Lagarde.

(102) Sur tous ces points, cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 340-341.

conception. Cet obstacle, cette difficulté de mise en œuvre ne met en tout cas pas, à nos yeux, en cause la légitimité du recours au procédé conflictuel dans le but de résorber les divergences d'interprétation des lois uniformes : ces solutions sont-elles transposables à l'interprétation des conventions unifiantes ?

§ 2. — Interprétation des conventions unifiantes

204. — Les conventions unifiantes connaissent, à l'instar des lois uniformes, l'insidieuse fatalité de la divergence issue de la diversité des interprétations jurisprudentielles (103).

Les auteurs hostiles à la réintroduction des conflits de lois dans le domaine du droit unifié se refusent à distinguer entre ces conventions et celles qui portent loi uniforme : elles sont également source d'un *jus gentium* nouveau qui exclut dans tous les cas le conflit de lois. Cependant, la doctrine qui, avec raison, reconnaît la valeur harmonisatrice des règles de conflit, s'est divisée sur cette question, M. P. Lagarde posant le principe d'une différenciation entre les deux types de conventions. Une telle opinion réalise une restriction considérable au domaine des conflits de lois en raison de la rareté des lois uniformes de type pur.

Cette différence est-elle, logiquement et pratiquement, justifiée ?

205. — 1° On n'est généralement pas en peine de mettre en regard, pour les opposer, les traits caractéristiques de l'un et de l'autre type de convention. Mais l'argument principal de M. P. Lagarde s'attache essentiellement au fait que la convention unifiante, à la différence de la loi uniforme — qui « éclate » en autant de lois internes qu'il y a d'Etats ratifiants — demeure un monument unique, à la fois commun et extérieur aux divers systèmes législatifs des Etats parties à la convention. *L'absence d'intégration* au droit national de la convention unifiante revêt dès lors les traits d'un critère, mais aussi d'une « *ratio* » de l'attitude adoptée par les tribu-

(103) Elle s'est, en particulier, révélée à propos de l'article 9 de la *Convention de Bruxelles* de 1924, relatif à la définition des unités monétaires « valeur-or » servant à la fixation de la dette de responsabilité du transporteur ; pour les articles 20 (notion de « mesures nécessaires » propres, de la part du transporteur à éviter la réalisation du dommage), 29 (délai fixé à deux ans « à peine de déchéance » pour l'exercice de l'action contre le transporteur) et 26, *alinéa* 4 (notion de « fraude » permettant la recevabilité des actions tardives contre le transporteur) de la *Convention de Varsovie* du 12 octobre 1929 (loi du 16 sept. 1931, D.P., 1932.4.44) avec son Protocole modificatif de La Haye du 28 sept. 1955 (ratifié le 19 mai 1959, *Rev. fr. dr. aérien*, 1955.412) et la Convention complémentaire de Guadalajara du 18 septembre 1961 (ratifiée par la France le 24 janv. 1964, cf. *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Transport aérien*, mise à jour 1972).

naux dans l'interprétation des conventions : c'est ainsi qu'il faudrait comprendre l'opposition des méthodes de l'arrêt *Ghattas* (104) à l'arrêt *Hocke*. Les conventions unifiantes, en somme, se rapprochent des traités bilatéraux classiques : elles « sont appliquées directement par les tribunaux des Etats-membres sans qu'il y ait place pour un conflit de lois qu'elles ont précisément pour rôle d'écarter » (105).

Pour M. Goldman, l'opposition est « techniquement pertinente » (106) mais « laisse dans l'ombre l'enrichissement des conventions internationales elles-mêmes par les interprétations nationales divergentes » (107).

Or, soutenir que les tribunaux ont le seul devoir de vérifier l'application du traité et, en ce cas, de « l'appliquer directement », c'est admettre la réalité de l'interprétation nationale, l'application n'allant pas sans l'interprétation. Mais qui dit interprétation nationale ne peut pas ne pas dire intégration, incorporation intime des éléments conventionnels au système qui les reçoit (108).

Très caractéristique à cet endroit est l'arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1956 (109), selon lequel « alors que l'article 26, alinéa 4 « de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929... n'ayant pas « défini la « fraude » du transporteur, cette dernière doit s'entendre, « comme en droit interne, de tout acte dolosif commis par le transporteur ou ses préposés aussi bien au cours de l'exécution du contrat « de transport que pendant le délai imparti au destinataire pour former une protestation et en vue de faire obstacle à celle-ci ».

206. — De façon générale, il a été démontré que les dissimilitudes que l'on peut relever entre loi uniforme et convention unifiante, particulièrement quant à leur objet, leur présentation matérielle et les obligations qu'elles engendrent pour les Etats, s'estompent de plus en plus. Il serait surtout vain et artificiel de fonder une distinction sur le fait que la convention unifiante, sauf ratification, « se suffit à elle-même », alors que la loi uniforme devrait être introduite dans un texte législatif : c'est ignorer que certains Etats, tels la Grande-Bretagne — ainsi que nous avons déjà pu le constater — n'admettent pas l'effet *self executing* des traités internationaux, et connaissent donc, pour les conventions unifiantes, la même nécessité d'intégration au corps des règles nationales. Il est impensable qu'une convention donnée reçoive des qualifications différentes, avec les conséquences que cela devrait entraîner au point de vue de l'admission ou du rejet des conflits de lois, selon les Etats contractants considérés.

(104) Civ., 25 févr. 1947, *Revue*, 1947.444, note Niboyet.

(105) *Revue*, 1964, p. 241-242 et 247.

(106) Sous réserve, quant à nous, de ce qui sera dit *infra*, n° 206.

(107) *Clunet*, 1964, p. 808.

(108) En ce sens : MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 83 et s.

(109) Cass. com., 22 févr. 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9266, note Chauveau.

La nature hybride des récentes Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant « loi uniforme sur la vente commerciale internationale » anéantit toute distinction, surtout par le jeu des réserves qui permettent aux Etats de transformer la portée de la convention et d'en faire, au besoin, une pure convention unifiante.

L'argument logique fourni à l'appui de la distinction entre convention unifiante et loi uniforme est donc loin d'avoir la solidité qu'il présente en apparence.

207. — 2^o Les avantages pratiques qui s'attachent au refus de toute distinction sont, en outre, considérables : la « même fatalité de divergence » atteint *toutes* les conventions, de quelque nature qu'elles soient, rendant toute opposition inexistante (110).

La jurisprudence, à vrai dire, riche en exemples de divergences, ne semble guère, jusqu'à présent, avoir suivi la voie ainsi préconisée. Mais en sens inverse, il faut remarquer que la jurisprudence n'est pas très abondante sur l'interprétation des lois uniformes — ce qui n'a pas gêné outre mesure la doctrine —, et surtout que l'arrêt *Hocke* peut difficilement être sollicité en ce sens qu'une distinction serait nécessaire entre les types de conventions (111).

La solution favorable à l'extension du domaine des conflits de lois a toutefois été fermement adoptée aux Pays-Bas, tant en doctrine (112) que, semble-t-il, en jurisprudence (113). Pour M. Kollwijn, lorsque « la convention qui aurait dû créer l'uniformité juridique de la communauté formée par l'adhésion des divers Etats est entendue d'une manière différente, dans les divers Etats, *le rattachement de la relation litigieuse* à un... système de droit de ces Etats est *redevenu décisif*. Le rattachement le plus important gagne et non pas la prise de position (le droit) du for ». Par identité de motifs, nous admettons avec cet auteur, qui raisonne sur l'exemple de la Convention de Bruxelles de 1910, que « la diversification nationale d'une disposition juridique uniforme une fois établie, il incombe à nouveau au droit international privé d'indiquer quelle interprétation nationale est applicable à un cas donné » (114).

A cette fatalité de la diversification, les Conventions de La Haye

(110) MALAURIE, préc., p. 93. M. Lescot, d'ailleurs, analysant les divers remèdes à la destruction de l'unification, n'opère aucune différence, raisonnant tant sur l'une que sur l'autre espèce de convention.

(111) Voir cependant, *contra* : B. GOLDMAN, *Clunet*, 1964, p. 808.

(112) HIJMAN, « *Algemeene Problemen* », dès 1937, cité par R. D. Kollwijn, lui-même favorable, *Clunet*, 1969, p. 991.

(113) Ainsi, le Tribunal de Rotterdam, le 18 juin 1963 (jug. rapporté au *Clunet*, 1969, p. 990 avec les obs. de R. D. Kollwijn) se trouve devant le problème de savoir ce qu'il faut entendre par la « faute de l'un des navires » au sens de l'article 3 de la Convention de Bruxelles de 1919 sur l'abordage maritime. L'accident s'étant produit entre un navire norvégien et un navire espagnol, le tribunal exclut l'interprétation néerlandaise, le système juridique des Pays-Bas lui paraissant trop faiblement affecté, au profit de l'interprétation communément admise par les pays — Norvège et Espagne — concernés par l'abordage.

(114) *Clunet*, 1969, p. 991.

de 1964 ne pourront, si elles sont adoptées, davantage échapper, malgré la volonté de leurs auteurs de les soustraire à toute emprise du conflit de lois.

208. — L'extension du domaine des conflits de lois à toutes les hypothèses dans lesquelles l'unité voulue se trouve détruite, si elle doit être approuvée, n'est pas cependant sans soulever un problème quant aux modalités de la mise en œuvre des règles de conflit. Nous avons vu, en effet, que, de la réunion de certaines conditions, dépendait le succès du procédé — sinon sa légitimité (115). Si la nécessité d'une certaine importance de la divergence, comme celle du respect du sens véritable de l'interprétation étrangère ne souffrent pas ici de difficultés propres, il en va autrement de la troisième condition généralement posée en doctrine.

Il paraît, en effet, nécessaire, pour aboutir à une véritable harmonisation des interprétations et éviter le *forum shopping*, que les juges de tous les Etats contractants se réfèrent à une même règle de conflit.

Nous avons approuvé cette restriction, comme la référence, dans le cadre des Conventions de Genève, aux règles de conflit conventionnelles, quels que soient les obstacles tout théoriques opposés à cet emprunt. Mais trouvera-t-on, hormis cette hypothèse précise, des normes communes aussi opportunément offertes ? La question n'a pas, à notre connaissance, été soulevée, car l'on se borne, en général, à approuver ou refuser l'extension des conflits de lois à l'interprétation des conventions unifiantes, sans très bien percevoir comment elle peut se matérialiser.

Quelle règle de conflit faudra-t-il appliquer ? Certaines conventions renvoient parfois, sur tel ou tel point, à l'appréciation de la *lex fori*, comme le faisait la Convention de Varsovie en son article 25-1°, avant l'intervention du Protocole de La Haye de 1955 (116). Un tel renvoi, que l'on analyse généralement comme une règle de conflit conventionnelle (117), suppose que d'autres rattachements sont concevables, puisque la nécessité a été ici ressentie d'une précision. Il sera cependant quasiment impossible de déterminer un tel rattachement à partir des règles de localisation que s'adjoint la convention, ces règles étant, selon la tendance générale, marquées par la pluralité et le caractère alternatif.

Ainsi, quelle interprétation faudrait-il respecter si, dans un transport maritime soumis à la Convention de Bruxelles, l'interprétation qui a les faveurs du pays où le connaissance a été émis s'oppose à la version reçue au pays dans lequel se situe le port

(115) Cf. *supra*, n° 200 et s.

(116) Pour la notion de « faute équivalente au dol », concept sur lequel l'accord n'avait pu se faire, cf. Trib. féd. suisse, 14 nov. 1967, *Clunet*, 1970.432, obs. Lalive.

(117) Cf. *supra*, n° 181.

d'embarquement ? La seule ressource consiste alors à dégager, dans chaque cas, le rattachement le plus « fort », la *proper law* de l'interprétation, ce qui revient à dire que la règle de conflit sera celle du for. Mais l'emploi de la règle de conflit du for n'assurera pas la même « union dans la désunion ».

C'est donc sous le bénéfice de cette réserve, relative à une difficulté de mise en œuvre, que nous admettons une solution favorable au jeu le plus large possible du droit des conflits qui se révèle, ainsi, un précieux auxiliaire, non un concurrent, de l'unification législative internationale.

* * *

209. — Nous avons ainsi, tout au long de ces développements, cru pouvoir établir que les règles de conflit conservaient un rôle de première importance. Ce rôle, rôle de coordination des systèmes juridiques nationaux, ne vient même pas à disparaître lorsqu'il est recouru à cette autre méthode d'harmonisation que représente — sous diverses formes — l'unification conventionnelle desdits systèmes juridiques.

Semblables constatations, et la conclusion qui s'en dégage, ne sont cependant pas de nature à mettre en cause les avantages — au moins statistiques — des efforts entrepris par le législateur international, dans le cadre notamment des lois uniformes. Si nous avons paru entourer ces efforts d'une injustifiable suspicion, c'est pour avoir voulu marquer qu'ils connaissent eux aussi des limites, ne constituaient pas la panacée que l'on avait voulu voir en eux.

Il nous paraît ainsi naturel de cumuler les avantages des diverses méthodes destinées à organiser la coexistence des systèmes juridiques, à défaut de les fondre en un seul. Peut-être cette symbiose n'est-elle qu'une étape, et les conflits de lois, donc les règles de conflit, sont-ils voués à la disparition. Mais est-ce faire preuve d'un statisme excessif doublé d'un conflictualisme outrancier que de penser que les conditions n'en sont pas actuellement réunies ?

Le rôle de la règle de conflit nous semble encore moins menacé, d'un point de vue cette fois strictement méthodologique, à l'intérieur d'un système de droit international privé, tel le système français. Notre recherche nous a en effet conduit à constater que si le droit international privé intervenait parfois par l'entremise d'autres normes (118), si la règle de conflit ne possédait donc réellement pas la plénitude de vocation que lui avait à tort attribuée la doctrine classique, de telles exceptions étaient de portée réduite. Ces exceptions, qui sont autant de limites à la vocation de la règle de

(118) Soit en vue d'assurer l'application de la loi interne — « règle d'application strictement unilatérale », — soit pour imposer, à l'encontre de toute loi étatique, une solution matérielle d'inspiration qui se veut internationale — règle de droit international matérielle.

conflit, dont nul ne peut présager le futur développement, ne font pas obstacle à ce que le procédé conflictuel occupe, au sein d'un système de droit international privé, une place prééminente qui fait de lui le procédé de droit commun par excellence auquel on doit avoir normalement recours.

DEUXIÈME PARTIE

**EMPRISE DES RÈGLES
DE CONFLIT DE LOIS
SUR LES RELATIONS
ÉCONOMIQUES
INTERNATIONALES**

210. — La grande majorité des décisions de droit international privé se situent sinon dans le domaine des relations extra-patrimoniales, du moins dans celui des *relations de famille*.

Quant aux *relations économiques internationales*, ceux qui en sont les participants ne répugnent-ils pas aux procédés complexes d'une méthode qui semblerait, ainsi, de plus en plus devoir être réservée de fait aux divorces de nature à défrayer la chronique mondaine internationale ?

Nous avons déjà vu que la jurisprudence française réservait en certaines hypothèses un traitement particulier à ces relations internationales et, en leur assurant une solution directe inspirée des usages du commerce international, les mettait parfois à l'écart de tout règlement conflictuel véritable. Les méthodes auxquelles elle a, à cette occasion, recours nous ont cependant parues empiriques et, formellement du moins, nationales — si l'on excepte les possibilités qu'elles réservent pour l'avenir. Ceci a donc justifié à nos yeux que nous en abordions l'étude en les regardant comme un *procédé de solution concurrent ou complémentaire*, à l'intérieur d'un système de droit international privé comme le système français, de celui des règles de conflit de lois. Nous avons ainsi vérifié la formule de M. Francescakis selon laquelle, à côté des règles de conflit, existe un autre mode de réglementation des litiges du commerce international : les *règles de droit international privé matériel d'origine jurisprudentielle*. Nous avons également vu que, de manière caractéristique, ces dernières représentaient le seul procédé réellement différent de celui du conflit de lois, étant admis par nous que le procédé d'application des lois de police ne s'en distingue pas fondamentalement.

La considération même de cette jurisprudence et de ses sources d'inspiration nous amène à envisager le problème sous un angle différent en nous plaçant non plus seulement du point de vue des solutions élaborées au sein des prétoires, mais de celui des solutions souhaitées et forgées par les intéressés eux-mêmes qui participent aux mouvements du commerce international.

Nous devons donc, après avoir vu que, sur un plan formel, la règle de conflit conservait un domaine éminent, faisant d'elle une solution de principe à l'intérieur des normes composant un système de droit international privé, examiner si, sur le plan et dans le domaine des relations du commerce international, elle ne perd pas tout crédit pour être repoussée au profit de procédés de réglementation plus adaptés aux besoins spécifiques de ce commerce international : ce n'est donc plus un problème de place de la règle de conflit

comme source du droit international privé, mais *un problème d'emprise de fait*.

211. — Deux raisons peuvent justifier la désaffection de la pratique internationale vis-à-vis de la règle de conflit. La première est la complexité inhérente à la mise en œuvre de ce procédé ainsi que son incertitude aggravée par les divergences entre les systèmes nationaux de conflit, qui feront bien souvent dépendre la solution finale du litige de l'appréciation et des normes particulières du tribunal saisi. Outre cet inconvénient, et sa portée peut-être réduite en matière contractuelle où les clauses de prorogation de compétence juridictionnelle permettent d'y remédier en assurant une certaine prévisibilité, il demeure — et c'est une seconde raison du recul devant la règle de conflit — que celle-ci conduit inéluctablement à l'application d'une règle matérielle étatique dont les solutions de fond apparaissent souvent vieilles, toujours inadaptées.

De telles préoccupations se manifestent essentiellement dans l'élaboration de l'instrument essentiel de ces rapports internationaux économiques : *le contrat*. En soumettant leur accord à certains usages élaborés par et pour la pratique internationale, ou même à une loi nationale à laquelle ils confèrent un caractère conventionnel, les contractants ne parviennent-ils pas, en réalité, à s'affranchir de toute solution conflictuelle ? Il en surgit cette première question : le droit des contrats n'est-il pas appelé, dans un certain milieu international, à échapper en tout ou partie au règlement des conflits de lois (Titre I) ?

De plus, parmi ceux qui participent à ces rapports économiques internationaux, n'en est-il pas — en dehors des Etats — qui, par leur dimension, les conditions de leur existence et le cadre de leur activité, se soustraient par là même, de fait, aux lois et systèmes de conflit nationaux ? Cette seconde question ne se pose à l'évidence que pour certaines personnes morales, soit *sociétés internationales*, soit *groupes multinationaux de sociétés*, et sera envisagée dans un second titre (Titre II).

TITRE I

LE DROIT DES CONTRATS PEUT-IL ÉCHAPPER AU RÈGLEMENT DES CONFLITS DE LOIS ?

212. — Ainsi posée, la question semble appeler de prime abord une réponse fermement négative. Le « droit des contrats » au sens large fait appel, en effet, au moins dans le système français, à un certain nombre de rattachements destinés à régler les conflits relatifs tant à la capacité des parties, qu'à la forme de l'acte ou les droits réels qu'il engendre... soit autant de questions « contractuelles ».

Quant à la substance des obligations — pour laquelle la question prend vraiment toute sa signification — le droit positif de la quasi-unanimité des divers Etats exige le rattachement de ces relations à la loi d'un Etat, par la vertu d'un choix des parties ou d'une localisation objective, selon les cas, choix ou localisation qui opère une véritable « naturalisation » de l'opération contractuelle : tel contrat international par ses éléments deviendra un contrat anglais, suédois ou grec... à la suite du choix des parties ou de la localisation de ce contrat.

Si le droit positif exprimé dans les diverses législations ou jurisprudences condamne ainsi la notion de contrat détaché de toute loi étatique mais affirme au contraire la nécessité d'un rattachement législatif, il semble devoir s'ensuivre comme conséquence inéluctable que, comme toute institution juridique, le contrat fait bien l'objet d'une règle de conflit.

Prémisse et conclusion méritent également d'être vérifiées car elles sont discutées et discutables, la première mettant en cause la valeur du droit positif, alors que la seconde pose un problème d'interprétation de ce même droit positif.

213. — La nécessaire soumission du contrat à une loi nationale, dont nous rappellerons qu'elle a reçu les plus hautes consécérations (1)

(1) Voir *infra*, nos 216 et s.

est actuellement, et surtout depuis une dizaine d'années, au nom des nécessités du commerce international, remise en question.

Les contrats les plus usuels du commerce international seraient, indépendamment de toute loi étatique, soumis aux règles autonomes du commerce international issues de la pratique et consacrées par la jurisprudence arbitrale (2). Ainsi, la double tendance que l'on peut, selon l'analyse dominante (3) découvrir dans un système comme le système français, tendance à la *localisation* et à la *naturalisation* subséquente du contrat international, se trouve combattue par de telles tentatives « *d'internationalisation* » des *rapports contractuels* (4).

Nous sommes bien proches, ici, de retrouver le problème tant débattu du « contrat sans loi » (5) et une précision s'impose.

Le problème du « contrat sans loi » est à l'origine un problème de soustraction du contrat à toute norme juridique, la convention se suffisant à elle-même, qui engage par là le débat philosophique de l'antériorité de la loi par rapport au contrat. Les termes de la controverse se sont déplacés, car l'on s'accorde aujourd'hui généralement à reconnaître l'impossibilité d'un « contrat sans loi ». Aussi bien les partisans du détachement du contrat par rapport aux lois étatiques préfèrent-ils parler de « *contrat dit sans loi* » (6).

Cette nouvelle espèce serait constituée de l'ensemble des contrats qui, échappant aux normes étatiques, seraient directement soumis aux normes internationales forgées par les usages du commerce international.

Le débat philosophique en est lui-même déplacé car la prise en considération de telles normes, internationales — renouveau de *lex mercatoria* ? — que l'expression « dit sans loi » appliquée au contrat semble présomptueusement assimiler aux normes d'origine étatique, pose le problème des frontières du droit et du non droit (7).

(2) C'est le sens des travaux de M. Goldman lui-même, ou des travaux faits sous sa direction : Thèse de M. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, 1957, de M. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961 ou de M. FOUCARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Sirey, 1965. Voir, de M. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71. Cf. également, dans ce sens, l'important colloque tenu à Londres en 1962 à l'initiative de l'Association internationale des sciences juridiques, et les rapports présentés à cette occasion in *The sources of the law of international trade*, éd. par Clive M. Schmitthoff, Londres, 1964.

(3) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n^{os} 566 et s.

(4) Terme emprunté à M. P. WEIL dans son cours professé à La Haye en 1969, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n^o 128, 1969.III, p. 101 et s.

(5) Cf. P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 209 et s.; PEYREFITTE, *Le problème du contrat dit sans loi*, D., 1965.113; W. WENGLER, « Immunité législative des contrats multinationaux », *Revue*, 1971.637.

(6) Cf. la Communication préc. de M. P. Level et la discussion qui s'en est suivie au Comité français de Droit international privé.

(7) Cf. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s.

Quelqu'intérêt que présentent la question et les efforts déployés pour la résoudre, il convient de souligner que cet aspect est ici étranger, et doit le rester, à notre propos. Ce qui nous importe est moins de savoir quel droit matériel sera appliqué au contrat que de constater le jeu préalable d'une *règle de conflit* ayant amené sa désignation. Mais nous rejoignons évidemment les préoccupations centrales du problème du « contrat sans loi » en ce que la reconnaissance de la faculté pour les contractants d'éluider toute norme étatique (du moins pour la substance des obligations) entraîne *ipso facto* la mise à l'écart de toute règle de rattachement, celle-ci menant inéluctablement à l'application d'une loi étatique. Ce ne serait d'ailleurs, pour les tenants de la nouvelle *lex mercatoria*, pas le moindre intérêt de cette dernière (8).

214. — Il serait cependant insuffisant de se limiter à ce premier et important aspect de la question. Celle-ci comporte en effet une autre face : le principe qui consiste à soumettre tout contrat international à la loi d'un Etat, à supposer même qu'il demeure entier et ne soit pas atteint par les tentatives auxquelles nous venons de faire allusion, s'accompagne-t-il comme il le devrait du nécessaire corollaire d'un règlement conflictuel véritable ? La solution pratiquement universelle de ce règlement (9) consiste à prôner la liberté du choix par les parties du droit applicable. A défaut de ce choix et selon des degrés variables, jouent les présomptions ou l'office du juge. C'est le principe connu sous le nom, dans le système français qui le consacre, de *loi d'autonomie*.

La loi d'autonomie est-elle véritablement une règle de conflit ? Son laxisme ainsi que la tradition historique qui l'a dégagée engagent à en douter. Au moins la question se pose-t-elle et se pose en termes d'interprétation du droit positif, interprétation que deux écoles semblent se disputer. Selon la première, la loi se trouve, par une inversion de la formule de l'article 1134 du Code civil — le contrat fait la loi des parties — *incorporée* au contrat. Elle s'oppose à la seconde qui, sous l'impulsion essentielle de M. Batiffol (10),

(8) Il en va différemment si l'on estime que l'application de la *lex mercatoria* est elle-même subordonnée à la consultation d'une règle de conflit dont l'objet serait de répartir les champs d'application de cette *lex mercatoria* par rapport à l'ensemble des droits nationaux : règle de conflit des « systèmes », non de conflit des lois. Ce raisonnement procède d'une conception trop ambitieuse de la *lex mercatoria*, en y voyant un véritable système juridique constitué, analogue, *mutatis mutandis*, à un système juridique national. Il omet, par ailleurs, son caractère de droit a-national dont il semble logique de déduire que le problème de l'application dans l'espace de ces règles ne se pose pas. La comparaison s'impose ici avec les règles de droit international privé matériel dégagées par la jurisprudence dont nous avons vu (cf. *supra*, n° 160 et s.) que leur emploi n'était subordonné à aucune règle de conflit, mais uniquement à des conditions matérielles d'application, et qu'il s'agisse, notamment, d'un contrat international.

(9) Si l'on excepte certains pays d'Amérique latine : cf. Clive M. SCHMITTHOF, *The sources of the law of international trade*, préc., p. 29.

(10) Voir *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, 1938, et *Traité*, 5^e éd., avec M. P. LAGARDE, t. II, 1971, n° 572.

veut que le contrat soit *soumis* à la loi du pays dans lequel il est *localisé*.

Importantes sont les divergences entre les deux doctrines, particulièrement au point de vue des limites que subit l'autonomie des contractants. Elles engagent surtout directement, du moins, semble-t-il l'absence ou l'existence d'un véritable règlement conflictuel, la localisation du rapport juridique étant précisément de l'essence d'un tel règlement.

215. — Cette controverse dans laquelle nous devons prendre parti, nous engagera donc, après avoir développé la *nécessité et les limites de la soumission du contrat à une loi étatique* (Chap. I), à examiner la mesure de l'*originalité*, par rapport aux rattachements traditionnels, du *système de désignation de la loi applicable en matière de contrat* (Chap. II).

CHAPITRE I

LA SOUMISSION DU CONTRAT A UNE LOI ÉTATIQUE

216. — Le fait que le contrat, pas plus que l'individu, ne puisse se suffire à lui-même (1) a entraîné une condamnation généralisée du contrat sans loi, particulièrement vigoureuse dans son expression dans des jurisprudences telles que celles de la Cour de cassation française ou du Reichsgericht d'Allemagne fédérale.

La théorie du contrat sans loi, aujourd'hui généralement abandonnée (2) « suppose la faculté des contractants de s'affranchir dans les relations internationales de tout rattachement à un système juridique étatique, ce qui semble impliquer, par l'élimination de toute loi applicable au contrat, la disparition du problème de conflit... c'est une hypothèse de non-droit, voulue et recherchée par les parties » (3).

Les tribunaux étatiques ni les législateurs n'ont admis cette faculté et si leur prise de position paraît souvent quelque peu ancienne, elle semble irréversible si l'on met la question en relation avec le développement des lois impératives qui, en matière économique et sociale, s'accroît et est de nature à « faire apparaître de plus en plus clairement que les conventions se forment dans la mesure et dans les limites permises par la loi », de sorte qu'il « serait étrange que cette évolution frappante du droit interne s'oppose radicalement à celle du droit international » (4).

(1) P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 231.

(2) Cf. cependant J. FOYER, commentaire de l'avant-projet de réforme du droit international privé français dans sa version de 1965-1967, *Clunet*, 1971, p. 46.

(3) P. LEVEL, *Communication préc.*, p. 203.

(4) H. BATIFFOL, note sous Cass. civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950, p. 609, et, dans le même sens, W. WENGLER, *Immunité législative des contrats multinationaux*, préc., p. 649 et s., qui ajoute cet argument tiré du principe d'égalité — une des dominantes du droit international privé selon l'auteur (*Revue*, 1963, p. 203 et s.) — que faire bénéficier d'une liberté accrue les parties à une situation juridique à rattachement binational ou multinational choquerait « le principe de l'égalité de traitement des situations juridiques à rattachement homogène ou hétérogène ».

217. — Le rattachement des contrats internationaux à la loi d'un Etat, véritable source de naturalisation du contrat et de négation de sa nature « internationale » paraît cependant de plus en plus, dans le cadre du commerce international, comme une solution regrettable, ou est présentée comme telle. Il en va ainsi particulièrement des contrats passés entre Etats et particuliers dans le cadre de la production internationale (5). Quant aux contrats passés entre commerçants simples particuliers, dans telle branche où existent des usages ou pratiques particulièrement bien établis, uniformes et adaptés aux besoins de la profession, on déplorera le recours à telle ou telle loi étatique.

Aussi des tendances à l'internationalisation des rapports contractuels se sont-elles fait jour. Elles posent les problèmes très importants des sources de cette internationalisation ou du détachement du contrat par rapport à toute loi étatique et des limites de ce détachement qui, nous le verrons, ne peut, à de très rares exceptions près, être total (Sect. II).

Une telle internationalisation n'est cependant, à l'heure actuelle, et à juste titre, envisagée qu'au niveau de la justice arbitrale que l'on a présentée comme un facteur essentiel de cette évolution. Cela ne saurait nous faire oublier qu'un principe inverse est consacré par les juges étatiques — directement ou en application de leur législation — et qu'il faut sans trop s'y attarder, car il s'agit de notions fort connues, le prendre pour point de départ. Il est d'ailleurs nécessaire de se demander si toutes les conséquences sont tirées du principe et si la jurisprudence est toujours fidèle à elle-même (Sect. I).

SECTION I

AFFIRMATION DU PRINCIPE QUE « TOUT CONTRAT EST NÉCESSAIREMENT RATTACHÉ A LA LOI D'UN ETAT »

218. — Cette affirmation, péremptoire sous sa forme, est tirée du célèbre arrêt de la Cour de cassation française rendu en 1950 dans l'affaire de *l'emprunt des Messageries Maritimes*.

Elle est inséparable d'une double conséquence sans laquelle elle apparaîtrait dénuée de signification : — Tout d'abord, il n'y a pas de *contrat in vacuo*, de contrat flottant, mais tout rapport contractuel se rattache nécessairement à un système juridique qui, dans la pureté de la thèse classique, ne peut être qu'un *système normatif étatique*. L'expression et la limite à la fois de la liberté des contrac-

(5) Cf. P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n° 128, 1969.III, p. 101.

tants consiste, dans un contrat international, à choisir, s'ils désirent user de cette faculté, ce système juridique. C'est donc, comme on l'a, à juste titre, remarqué, une latitude qui dépasse singulièrement la liberté du contrat de droit interne (6).

Autre conséquence ou autre face de ce principe, le contrat est *soumis* au système juridique étatique : la loi contractuelle gouverne la formation comme les effets du contrat et peut en déterminer la nullité comme la validité. La loi étatique apparaît donc comme s'imposant au respect des contractants, extérieure et antérieure au contrat : elle ne s'incorpore pas aux stipulations contractuelles dont elle prendrait la nature.

En d'autres termes, si l'on a pu dire que l'idée d'*incorporation* de la loi au contrat débouchait directement sur l'admissibilité du contrat sans loi, inversement on peut dire que le rejet du contrat sans loi entraîne la condamnation de la théorie de l'incorporation. D'une façon plus positive, la nécessité d'un rattachement du contrat à une loi a pour suite logique l'idée de *localisation* du rapport juridique que forme le contrat.

La controverse que peut susciter à cet égard l'interprétation du droit positif sera, comme nous l'avons déjà annoncé, abordée dans un stade ultérieur (7).

C'est, dans cette première section, la première conséquence que nous étudierons : condamnation du contrat sans loi corrélative à l'affirmation que tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat, soit le point de départ le plus pur de la théorie classique.

Il nous suffirait ici de rappeler quelles instances, dans quelles circonstances, ont affirmé ce principe si certaines décisions récentes n'étaient de nature à jeter un doute sur la fermeté de son application.

La soumission des contrats aux ordres juridiques internes, posée comme principe dans la plupart des législations existantes, soit par le législateur, soit par la jurisprudence (§ 1) a été parfois consacrée également sur le *plan international* (§ 2).

§ 1. — Principe posé par les ordres juridiques internes

A. — JURISPRUDENCE ET LÉGISLATION FRANÇAISES.

219. — L'affirmation de principe résulte, comme chacun sait, de l'arrêt rendu le 21 *juin* 1950 par la Cour de cassation dans l'affaire de l'emprunt contracté par la *Société des Messageries Maritimes*.

(6) P. LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. 2, p. 747-748.

(7) Cf. *infra*, nos 284 et s.

Cet arrêt, aux multiples résonances, abondamment commenté et que nous avons eu nous-mêmes l'occasion de rencontrer (8), devait approuver ou censurer la décision rendue par la Cour de Paris, le 24 avril 1940 (9) qui, condamnant la Société des Messageries Maritimes à rembourser les coupons ou titres amortis aux obligataires sur la base de l'or — en dépit de l'intervention postérieure à l'emprunt du *Gold clause Act* canadien de 1937 prohibant les clauses-or — avait déclaré ladite société « mal fondée à prétendre « que le contrat devait être nécessairement rattaché à la législation « d'un pays déterminé et qu'en fait les parties se seraient soumises « sinon formellement du moins implicitement à la loi canadienne... » : en effet « *en matière de règlement international, les conventions d'où « résulte stipulation d'un paiement en or font la loi des parties... « sans doute les parties ont toujours la possibilité de rattacher leurs « conventions à la législation d'un pays déterminé, mais que l'on ne « saurait trouver dans les éléments du litige l'indication d'une pareille « intention... »*. La Cour retient une atténuation au principe qu'elle pose car les conventions « peuvent être mises en échec dans les « limites territoriales de l'Etat où est requise leur exécution si elles « se heurtent à une loi d'ordre public interne », ce qui aurait été le cas si l'emprunt avait été remboursable au Canada.

Consacrant la même solution au fond, solution favorable aux intérêts des obligataires, la Cour de cassation rectifie l'argumentation en posant en préalable que « tout contrat international est « nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ». Si la législation canadienne est cependant écartée, c'est que la loi française valide les clauses valeur-or dans les règlements internationaux : l'ordre public international français permet donc aux contractants de convenir de telles clauses « même contrairement aux règles impératives de la « loi interne appelée à régir leurs conventions » (10).

L'arrêt de la Cour de cassation a été généralement approuvé comme celui de la Cour de Paris avait été critiqué. Niboyet écrivait ainsi, dénonçant la fragilité de l'argumentation de la juridiction d'appel, : « un contrat n'échappe, pas plus dans la vie internationale que dans la vie interne, à l'obligation d'être valable d'après la loi qui doit lui être applicable ... un contrat ne peut obéir à aucune loi, ce qui est une pure anomalie ». Penser que le contrat puisse tirer sa force de ses seules dispositions serait « poser un véritable principe d'anarchie juridique » (11).

(8) Cf. *supra*, n° 130.

(9) S., 1942.2.29, note Niboyet.

(10) *Revue*, 1950.609, note Batiffol ; D., 1951.749, note Hamel ; J.C.P., 1950.II.5812, note Lévy ; S., 1951.J.1, note Niboyet ; *Rev. trim. dr. com.*, 1950.698, note Loussouarn.

(11) S., 1942.2.29. — Un auteur récent, M. Wengler (*Immunité législative des contrats multinationaux*, préc.) a, dans ce même sens, posé fermement que « mis à part le fait que toute question relative à la formation du contrat et à la validité du consentement ne peut être jugée sans référence à des dispositions

Singulière anarchie, en effet, que celle conçue par la Cour de Paris ! : liberté totale des conventions, sauf faculté (pour quel motif ?) de se soumettre à la loi d'un Etat, jusqu'au moment où cette convention se heurte à telle ou telle loi « d'ordre public interne » (12).

M. Batiffol, dans sa note à la *Revue critique* (13) approuve grandement cet arrêt de cassation et souligne son caractère fondamental pour la théorie des conflits de lois en matière contractuelle. Il note également que si tels arrêts antérieurs de la Cour de cassation avaient pu faire douter du principe (14), ils ne constituent pas cependant des consécutions positives du principe inverse et peuvent s'expliquer dans les solutions retenues alors que l'affirmation de l'arrêt de 1950 est explicite, et dépourvue d'ambiguïté.

220. — Non seulement aucun arrêt n'est intervenu depuis lors pour infirmer ce principe mais encore ce dernier serait-il maintenu au cas où le droit international privé français se trouverait doté d'une législation. C'est ce que montrent en particulier les deux derniers avants-projets de réforme du Code civil.

Selon l'article VII du livre préliminaire, titre III du Code civil, tel que l'a conçu le 2^e *avant-projet*, rédigé en 1959 par MM. Ancel, Batiffol et G. Holleaux, « les contrats présentant un caractère international et les obligations qui en résultent sont *soumis* à la loi interne de l'Etat désigné expressément ou implicitement par les parties contractantes » (15).

Malgré sa rédaction différente, le 3^e *avant-projet* rédigé de 1965 à 1967 par les plus éminents internationalistes sous la présidence de M. Jean Foyer, Garde des Sceaux, consacre le même classicisme puisque l'article 2313 serait ainsi rédigé : « le contrat de caractère international et les obligations qui en résultent, sont *soumis* à la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. A défaut de volonté manifestée, le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente, par son économie, et notamment par le lieu principal de son exécution, le lien le plus étroit » (16).

du droit national, il est impossible de prétendre à la fois, d'une part, que les litiges nés de ces contrats multinationaux, étant des litiges de droit privé, doivent être soumis aux tribunaux nationaux compétents pour en connaître — ou bien à des instances arbitrales, dont les sentences seront alors exécutées avec l'aide des autorités nationales — et, d'autre part, qu'aucun Etat ne peut apporter de restrictions à la liberté des parties dans la formulation de leurs obligations conventionnelles » (*op. cit.*, p. 655).

(12) Notion dont nous savons tout ce qu'elle a de critiquable.

(13) 1950, p. 609.

(14) Ce sont essentiellement les arrêts du 5 déc. 1910, *Revue*, 1911.395 ; 15 mai 1935, *Revue*, 1936.463 et 19 oct. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.886. Nous les retrouverons à propos de la particularité et de la conception du rattachement, *infra*, nos 291 et s.

(15) *Revue*, 1970, p. 833.

(16) *Revue*, 1970, p. 845 et *Clunet*, 1971, p. 31 avec le commentaire de M. Jacques Foyer. Dans le contexte, il ne fait pas de doute que le terme « loi » est entendu au sens de norme étatique de « loi d'un Etat ».

Selon l'exposé des motifs, « l'article 2313 *confirme* le principe d'autonomie, c'est-à-dire le principe de la liberté des parties dans la désignation de la loi applicable au contrat, tout en apportant quelques précisions et des éléments de rattachement subsidiaire dégagés par la jurisprudence récente ». C'est l'essentiel de la différence de rédaction. Le système de rattachement français s'analyse donc, comme il ressort effectivement de la dernière jurisprudence (17) en un système en quelque sorte à deux étages : la loi contractuelle sera de préférence celle choisie explicitement par les parties. En l'absence de toute manifestation de volonté des parties, il reviendra au juge de déterminer, d'après l'économie de la convention et les circonstances de son élaboration, quelle est la loi avec laquelle le contrat entretient les rapports les plus étroits, la *closest connection* du droit anglais. Une présomption sert de directive au juge et joue en faveur du lieu d'exécution (18).

Quoi qu'il en soit de ces précisions, le principe semble bien affirmé et être à l'abri, *de lege ferenda*, de tout bouleversement. M. Jacques Foyer ne déplorait-il pas, au reste, que ressorte du projet de réforme, *article 2313*, la condamnation du contrat sans loi ? (19).

221. — Certains doutes ont cependant été émis sur l'application que la jurisprudence, spécialement de la Cour de cassation elle-même, faisait du principe par elle ainsi dégagé.

L'*arrêt des Messageries Maritimes* lui-même a été parfois dénoncé comme recélant une certaine ambiguïté, venant du fait qu'il ne consacrait pas réellement la compétence de la loi canadienne (20). Le trouble peut certes naître du fait qu'en l'espèce la Cour suprême énonçait une règle de droit international privé matériel, propre aux contrats internationaux, dont l'affirmation, suffisant à elle seule à justifier la solution, rendait superflue la référence faite à la loi propre au contrat.

L'arrêt de 1950 demeure cependant aisément compréhensible, car l'appel fait à l'ordre public français ne se comprend qu'une fois admis le rattachement de principe du contrat à une loi étrangère. Un commentateur tel que le doyen Lerebours-Pigeonnière (21) bien que voyant dans cette décision un renouveau du *jus gentium*

(17) Cf. not. Paris, 27 janv. 1955, *Sté Jansen c. Sté Heurley*, *Revue*, 1955.330, note Motulsky ; Cass., 6 juill. 1959, *Sté Fourrures Renel*, *Revue*, 1959.708, note Batiffol ; Cass., 28 juin 1966, *Sté Cametz c. Roussel*, *Revue*, 1967.334, note Batiffol.

(18) Cpr. avec Paris, 27 janv. 1955, préc., qui s'attache essentiellement au « lieu où doit s'accomplir la prestation spécifique du contrat », lieu avec lequel l'opération conventionnelle est réputée « entretenir le rapport le plus étroit ». — Sur l'analyse et l'interprétation de ce système français, cf. *infra*, n° 290 et s.

(19) *Clunet*, 1971, p. 46, *Chron. préc.*

(20) D'autant plus que postérieurement, comme il a déjà été dit *supra*, n° 131, dans le même emprunt, compétence a été expressément reconnue à la loi française.

(21) « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951, p. 4 et s.

et « une réaction exceptionnelle contre la méthode normale du droit international privé se bornant à rattacher tout rapport juridique de la vie internationale à la loi interne d'un rapport déterminé », l'analysait finalement comme une réaction fondée sur l'exception d'ordre public s'opposant à la mise en œuvre d'une loi étrangère normalement compétente à laquelle s'opposent nos conceptions.

222. — Dans ce même ordre d'idées, des arrêts tels que les arrêts *Gosset* de 1963 (22) ou *Galakis* (23) ont pu paraître consacrer la notion de contrat détaché des lois étatiques. Mais si de telles décisions ont effectivement dégagé des solutions favorables au commerce international, solutions indépendantes des conflits de lois et dont nous avons souligné l'originalité, elles n'ont pas pour autant affirmé le détachement du contrat par rapport aux lois étatiques. Affirmer que l'accord compromissoire est autonome par rapport au contrat principal n'est pas le dégager de toute allégeance par rapport à un système juridique. On a souligné au contraire (24) que l'accord compromissoire pouvait faire l'objet d'un *rattachement distinct* de celui du contrat principal, mais non pas d'une *absence de rattachement*.

Enfin, décider que l'Etat français peut ou non compromettre, règle de droit matériel dans l'un ou l'autre sens, ne signifie pas — au moins dans la thèse classique — que les contrats passés entre cet Etat et des particuliers soient dégagés de toute législation nationale (25). En somme, la règle de droit international privé matériel ne fait que s'ajouter à la solution conflictuelle. Elle est, au reste, comme cette dernière, de source sinon d'inspiration formellement nationale (26).

223. — Ne faisant pas nôtres de telles réserves, il nous reste à observer que la Cour de cassation ne semble pas toujours fidèle, et cela sans nécessité, au principe qu'elle a imposé. Nous en prendrons pour exemple l'arrêt récemment rendu, en matière de contrat de travail, le 5 mars 1969, dans une affaire opposant un représentant

(22) Cass. civ., 7 mai 1963, D., 1963.545, note J. Robert ; *Revue*, 1963.615, note Motulsky ; *J.C.P.*, 1963.II.13405, note Goldman. Cf. *supra*, n° 133.

(23) Cass. civ., 2 mai 1966, D., 1966.575, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1966.II.14798, note Ligneau ; *Revue*, 1967.553, note Goldman ; *Clunet*, 1966.648, note P. Level. Cf. *supra*, n° 147.

(24) Et M. GOLDMAN le premier, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Arbitrage, n° 59 et sa note préc. au *J.C.P.*, 1963.II.13405.

(25) Voir en ce sens que cette décision ne remet pas en cause celle de 1950, LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, p. 603, n° 521, note 4 et la note de P. Level au *Clunet*, 1966, p. 652-653, soulignant que le droit qui se dégage de la solution demeure un droit national. Cf. également H. BATIFFOL (*Traité*, 5^e éd., t. II, n° 578, note 38) selon qui l'arrêt « ne se prononce nullement sur la soustraction d'un tel contrat à toute loi, posant seulement une règle substantielle française propre aux contrats internationaux » et, du même auteur, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° Contrats et conventions, nos 25 et s.

(26) Cf. *supra*, n° 163.

de commerce italien, *Zanarelli*, à la *Société française B. S. N.* (27).

Ce représentant, résidant et travaillant pour B.S.N. en Italie, avait été engagé à la suite d'un contrat contenant deux clauses prévoyant renonciation à toute indemnité de clientèle et attribution de compétence au Conseil des Prud'hommes de Lyon — également nulles au regard du droit français. La société B.S.N. ayant rompu le contrat, *Zanarelli* réclamait une indemnité de clientèle sur la base du statut français des voyageurs, représentants et placiers. La Cour de cassation, à la suite de la Cour d'appel, constate que les parties n'avaient pas entendu se référer au statut des voyageurs, représentants et placiers, ce qui en excluait l'application, et que les deux clauses étant prohibées par le droit français, la Cour d'appel avait pu à bon droit « estimer que celles-ci [les « parties] avaient ainsi à deux reprises et clairement entendu se soustraire à la loi française et qu'il convenait, en conséquence, de « faire application pure et simple de la convention telle qu'elle avait « été rédigée : ce qui s'opposait à ce que *Zanarelli* demande une « indemnité de clientèle... ».

Ainsi, la loi française est écartée mais pour autant la loi italienne n'est pas reconnue applicable. Au contraire, c'est « l'application pure et simple de la convention » qui est proclamée. La solution est inquiétante : « De là à dire que le contrat oblige par lui-même et ses termes, sans qu'aucune loi soit nécessaire pour lui donner force obligatoire, il n'y a qu'un pas » (28).

Peut-on expliquer cette décision par le particularisme des contrats de travail par rapport aux contrats internationaux en général ? C'est l'opinion de la note signée P.L. à la *Semaine juridique* (29) : les rapports étant situés hors de l'orbite française, la loi française n'était applicable qu'en vertu d'un choix exprès des parties. Ce choix faisait-il, en l'espèce, défaut ? Les clauses incriminées étaient cependant conclues en contemplation de la loi française, et la clause attributive de juridiction, malgré sa nullité, revêtait une importance certaine. Mais elles étaient nulles selon le droit français : le commentaire auquel nous avons fait allusion a vu une application de la « loi de validité », ce qui est très contestable (30).

(27) *Revue*, 1970.279, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1970.II.16491, note P. L.

(28) H. BATIFFOL, note à la *Revue*, 1970, p. 286, préc. — Voir également la critique qu'inspire à M. Wengler (*Immunité législative des contrats multinationaux*, préc., p. 651) l'arrêt *Sayers v. Intern. Drilling Co N.V.* (1971, 1 W.L.R. 1176) de la *Court of Appeal* anglaise : « La conscience juridique actuelle répugne à bon droit à ce qu'un contrat de travail soit exempté de toute règle impérative de droit national au seul motif qu'il se trouve rattaché à de nombreux pays... ».

(29) Préc. — Cependant, dans un domaine voisin, s'agissant d'un contrat d'agent commercial, la Cour d'appel de Limoges a pu souligner que, selon le droit international privé français, « les parties étaient libres du choix de l'ordre « juridique national qu'elles entendent adopter », leur déniaient ainsi la faculté de se lier par leurs seules stipulations (*Noblesse c. Sté Haviland*, *Revue*, 1971.703, note M. Simon-Depitre).

(30) La « loi de validité » est une expression commode résumant la tentation constante — qui peut prendre une forme systématique — d'appliquer au rap-

Cette décision est regrettable, moins par l'appel qu'elle paraît faire à la théorie de la localisation — encore controversée (31) que par la référence explicite qui est contenue aux « normes » conventionnelles, surtout dans une matière et un domaine où le caractère impératif des législations internes semblerait devoir limiter d'autant l'autonomie contractuelle.

La discussion ayant été placée sur le terrain du droit français, faut-il l'expliquer par la répugnance qu'ont déjà éprouvée, en des matières où les parties étaient cependant moins maîtresses de leurs droits, les tribunaux français à soulever d'office l'application de la règle de conflit pour poser la compétence d'une loi étrangère ?

B. — JURISPRUDENCES ET LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

224. — Le principe lui-même a été explicitement admis ou se dégage implicitement de la quasi-unanimité des législations ou jurisprudences étrangères. Nous en donnerons quelques exemples concernant les pays membres du Marché Commun d'une part, les pays de *Common Law* d'autre part, enfin certains pays socialistes.

225. — a) Parmi les pays membres du Marché Commun, c'est l'Allemagne qui a fourni au principe du rattachement la consécration la plus vive et la plus exigeante.

Appelé en effet à statuer, dans des circonstances de fait qui, dues à l'intervention de la *Joint Resolution* adoptée aux Etats-Unis en 1933, devaient se retrouver presque identiques dans l'affaire des *Messageries Maritimes* en 1950, le *Reichsgericht* affirma, le 28 mai 1936, que « seule la soumission illimitée à une législation » quelconque peut garantir que le rapport de droit en cas de besoin « soit réglé, même contre la volonté égoïste de la partie économique — ment plus forte, voire des deux parties, conformément aux principes juridiques, communs aux Etats conjoints entre eux par la même civilisation, en tenant compte des intérêts généraux qui sont en jeu dans chaque cas » (32). Ce faisant, le *Reichsgericht* sanctionne l'argumentation erronée de la Cour d'appel qui, estimant notamment que la soumission des droits des créanciers à la législation de l'Etat de New York n'avait pas engendré leur soumission à une loi postérieurement mise en vigueur, avait refusé tout effet à la *Joint Resolution*, la juridiction suprême n'en consacra pas

port juridique, à ce seul titre, celle des lois en présence qui valide ce rapport, lui permet de faire sortir ses effets... Cela est contestable de façon générale, et particulièrement en matière de contrats : l'arrêt *Cametz* a admis l'application de la loi invalidant la convention, Cass. civ., 28 juin 1966, *Revue*, 1967.334, préc. Mais il est vrai que ce commentaire estime que l'arrêt *Zanarelli* a fait application de la loi italienne !

(31) Cf. H. BATIFFOL, note préc. à la *Revue* de 1970, et *infra*, n° 297.

(32) *Clunet*, 1936.951, note K. Wolff.

moins la même solution de fond, l'application de la *Joint Resolution* étant regardée par elle comme « contraire au but des lois allemandes », sur la base de l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil (33).

Les Etats formant le *Benelux* ne connaissent pas de règle différente. L'article 13, alinéa 1 du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé, arrêté par les trois ministres de la Justice en juin 1969, en est le témoignage fidèle, déclarant que « les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives » (34).

La doctrine, au moins en *Belgique*, semble en parfaite harmonie avec ce principe. Ainsi, pour M. Rigaux « on ne saurait admettre un contrat sans loi, c'est-à-dire un contrat qui ne soit pas rattaché à un ordre juridique national. C'est précisément un tel rattachement que la loi d'autonomie confie au concours des volontés des parties... » (35).

Enfin l'*Italie* connaît dans ses dispositions préliminaires au Code civil un article 25 destiné à régler le lien établi entre le contrat et la loi au moyen de présomptions qui, fondées sur la nationalité des parties ou le lieu de conclusion du contrat, ne peuvent être écartées que par la désignation expresse des parties d'une loi différente.

226. — b) Les décisions judiciaires *anglaises et américaines* procèdent, dans leur recherche de la *proper law of the contract*, à défaut de choix exprès des parties, d'un point de départ analogue. On constate aussi, cependant, l'expression de nouvelles tendances, d'esprit différent. Particulièrement intéressante est à cet égard la décision rendue par la *Court of Appeal* de l'Etat de New York le 10 avril 1969 dans une affaire *Intercontinental Planning limited c. Daystrom Incorporated*.

Pressée de définir la loi, de New York ou du New Jersey, applicable à un contrat de courtage passé entre une société new yorkaise et une société du New Jersey, la Cour, dans la détermination du centre de gravité du contrat, déclare se référer à une approche « moderne » de solution des conflits de lois, approche qui consiste à donner compétence à la loi de l'*Etat le plus intéressé* à l'affaire, et en conséquence reconnaît que c'est l'Etat de New York qui a un intérêt prédominant à l'application de sa loi, car, « de tous les Etats mis

(33) Cpr. avec l'arrêt rendu, sur de semblables problèmes, par le *Hoge Raad* le 13 mars 1936, *Revue*, 1936.733.

(34) Voir le texte, *Revue*, 1969, p. 358 et le commentaire de M. F. RIGAUX, *Revue*, 1969, p. 334 et s., spéc. p. 347. Ce texte est le troisième présenté. Voir la version originale du 11 mai 1951, *Revue*, 1951.710 et *Revue*, 1952.165 et 377 et la version intermédiaire du 3 nov. 1966, *Revue*, 1968.812. Cf. DE WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Revue*, 1968.577.

(35) *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968, n° 87, p. 125. Dans cette doctrine, comme dans le texte cité, la loi est encore entendue au sens de loi étatique.

« en cause, [il est] celui qui offre aux vendeurs le plus haut degré de « protection contre les réclamations, non fondées des courtiers, ce qui « encourage le monde entier à utiliser les services des courtiers new « yorkais et contribue au développement économique de l'Etat... » (36).

227. — c) Plus instructives sont cependant les dispositions contenues dans les *législations socialistes* et développées par les organes étatiques d'arbitrage auxquels appartient, en ces pays, le monopole de l'application des normes de droit international privé.

Les pays socialistes se sont dotés pour la plupart de législations comprenant des règles de conflit de lois en matière contractuelle, essentiellement destinées à jouer dans les rapports du commerce extérieur noués avec des pays non membres du *Comecon* (37).

Il en est ainsi de l'article 126 des « Principes du droit civil » de l'U.R.S.S. (38), des articles 9 et 10 de la « Loi sur le Droit international privé et de Procédure » du 4 décembre 1963 de la *Tchécoslovaquie* (39) et des articles 25 à 29 du *chapitre IX* de la *loi polonaise* du 12 décembre 1965 sur le droit international privé (40).

De même, enfin, la jurisprudence traditionnelle de la Commission d'arbitrage de Bucarest montre qu'en droit roumain également, la loi que les parties peuvent élire doit être celle d'un Etat déterminé, sans que soient exclues les références subsidiaires aux usages commerciaux ou aux clauses de contrats types (41).

228. — Il semble intéressant de dégager rapidement quelques tendances de ces divers systèmes juridiques quant à la détermination effective, dans chaque pays, de la loi étatique applicable au contrat.

De façon générale, à l'instar du système français, ces divers droits retiennent une graduation dans la recherche de la loi applicable, le premier degré étant — règle unanimement admise au moins pour les contrats du commerce international — le libre choix des parties.

La jurisprudence française semble de plus en plus exiger que ce choix soit exprès, l'idée de *volonté implicite*, ou tacite, autrefois retenue, apparaissant désormais comme une fiction. C'est du moins ce qui résulte de l'arrêt *Fourrures Renel* de la Cour de cassation du

(36) 24 N. Y. 2d, 372. — Arrêt rapporté par L. LE LIÈVRE et D. J. FREED, *Clunet*, 1970, p. 733. Cf. la notion de *Governmental interests* de B. CURRIE (*Selected Essays on the conflict of laws*, Durham, North Carolina, 1963), citée et analysée par G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *Recueil*, n° 112, 1964, II, p. 97 et s.

(37) Entre pays membres du *Comecon* jouent les Conditions générales de livraison, cf. *infra*, n° 235.

(38) Voir LUNZ, « Les règles de conflit dans les Principes de droit civil de l'Union soviétique et des Républiques fédérées », *Revue*, 1964, p. 629 et s. spéc. p. 636, et la « Chronique de jurisprudence soviétique » de BOGUSLAVSKI, *Clunet*, 1967, p. 706 et *Clunet*, 1971, p. 374.

(39) Cf. R. BYSTRICKY, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1963, n° 4, p. 229, spéc. p. 239.

(40) *Revue*, 1966, p. 325. Cf. le commentaire de S. SZER, « La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé », *Clunet*, 1966, 346.

(41) Cf. Chron. J. NESTOR et O. CAPATINA, *Clunet*, 1968, p. 422 et s.

6 juillet 1959, opposant distinctement la loi que les parties ont adoptée au défaut de déclaration expresse des parties (42) et du commentaire qu'en fait M. Batiffol (43).

De nombreux pays ont au contraire conservé ou adopté la recherche de la volonté tacite des contractants qui constitue une sorte de second degré venant immédiatement après la volonté expresse. Il en est ainsi, semble-t-il, des pays socialistes. L'article 9 de la loi tchécoslovaque de 1963 est très net en ce sens, disant que « les contractants peuvent opter pour le droit destiné à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels, ils peuvent le faire même tacitement, s'il n'y a pas de doute au sujet de la volonté déclarée, eu égard aux circonstances respectives » (44).

L'article 13 du Projet Benelux admet non moins nettement, le « choix explicite ou implicite mais certain » (45).

La recherche d'une telle volonté tacite semble bien être un leurre car, mettant le juge dans la nécessité d'interpréter le contrat et les circonstances de la cause, elle l'engage à se fonder sur les indices mêmes qui servent au juge français, en l'absence de choix exprès, à déterminer le centre de gravité de l'acte. Les résultats concrets ne seront donc pas différents, même si, dans le premier cas, ils procèdent d'un désir « de ramener de force le problème à la constatation d'une volonté » (46).

229. — Certains systèmes vont cependant plus loin et admettent la recherche de la *volonté hypothétique* (47). C'est principalement la jurisprudence constante, héritée du tribunal d'Empire, de la Cour fédérale d'Allemagne (48) avec l'appui de la doctrine allemande de Raape (49) et Nussbaum (50).

Contre une telle recherche, la Cour de Paris (51) s'était élevée

(42) *Revue*, 1959.708, note Batiffol.

(43) Cependant, dans l'arrêt postérieur du 28 juin 1966 à la *Revue*, 1967, p. 334, note Batiffol, la Cour de cassation semble de nouveau s'être référée à la volonté implicite des parties, souverainement interprétée par les juges du fond.

De même, la Cour de Paris (5^e Ch.), dans un arrêt *Hecht c. Sté Buisman's*, permet au juge, en l'absence de toute référence des parties à une loi applicable, « d'induire des faits et circonstances de la cause, des termes, de la nature et « du lieu d'exécution du contrat, quelle a pu être leur volonté sur ce point quand « elles ne l'ont pas exprimée » (arrêt du 19 juin 1970, *Revue*, 1971.692, note Level ; *Clunet*, 1971.833, note B. Oppelit ; *J.C.P.*, 1971.II.16927, note B. Goldman).

(44) Voir, pour la Roumanie, *Clunet*, 1968, p. 422 et s.

(45) *Art.* 13, *al.* 3.

(46) H. BATIFFOL, note préc., *Revue*, 1959.708.

(47) *Hypothetische Parteiwille* du droit allemand.

(48) Voir les motifs de l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 14 févr. 1958, *Revue*, 1958.542, note Mezger et celui du *B.G.H.* du 9 déc. 1964, *Clunet*, 1967.432.

(49) *Internationales Privatrecht*, 5^e éd. 1955, p. 473.

(50) *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932, p. 152.

(51) Paris, 27 janv. 1955, préc. (*Revue*, 1955.330, note Motulsky). Si la notion de volonté hypothétique n'a, à vrai dire, jamais été reçue en France, cette critique adressée par la Cour de Paris à l'idée de volonté présumée peut, *a fortiori*, être relevée contre elle.

en des termes qui retiennent l'attention, énonçant que « à défaut « de toute manifestation de volonté... le statut de la convention n'a « pas à être découvert par la recherche divinatoire d'une intention « simplement présumée des parties, qui ne serait qu'une vue de « l'esprit, mais est déterminée de façon objective... ».

De cette décision, on peut rapprocher avec profit celles rendues par la Cour d'arbitrage de Sofia selon laquelle, s'il est déjà bien difficile et présomptueux de prétendre dégager une volonté implicite des parties, vouloir s'attacher à la volonté hypothétique n'est qu'un procédé permettant l'arbitraire du juge : la doctrine socialiste y est « catégoriquement hostile » (52).

La doctrine anglaise consistant à rechercher ce qu'auraient dû faire des « hommes d'affaires moyens, raisonnables et intelligents... s'ils avaient été conscients du problème et des circonstances de fait... » (53) semble donner prise aux mêmes critiques, bien qu'ayant le mérite de souligner l'absence réelle de volonté des parties. Ainsi que l'a écrit M. Batiffol (54), il s'agit alors d'un « devoir être », non plus de la « constatation d'un fait ».

Le problème de droit est ainsi défini et, dans sa solution, là encore, le juge sera par la nature des choses, amené à dégager des indices semblables à ceux qui servent, hors de toute constatation d'une volonté expresse, à rattacher à la loi d'un Etat le contrat (55).

230. — A défaut de volonté, expresse, tacite ou hypothétique, le centre de gravité du contrat devra être déterminé. Ici s'opposent deux grandes tendances, selon que le juge se trouve libre de procéder à cette recherche en s'attachant aux divers éléments du contrat ainsi qu'aux circonstances ayant entouré sa conclusion, ou que la loi, déterminant elle-même ce centre de gravité, lui impose le principe de sa solution par ce qui apparaît comme des rattachements subsidiaires.

Le droit français est typique de la première méthode. Au contraire, le droit italien, par exemple, soumettra impérativement la convention des parties, à défaut de choix, soit à la loi de leur nationalité commune, soit à la loi du lieu de conclusion.

Un système très complet à cet égard résulte de la récente codification polonaise (56) qui, à défaut de choix des parties (art. 25), soumet la convention à la loi de l'Etat où les parties ont leur domicile

(52) Voir ces décisions au *Clunet*, 1967, p. 171 et s., *Chronique de jurisprudence bulgare* par Al. Kojouharoff, et les références de doctrine, tant bulgare que soviétique, citées. Cf. également R. BYSTRICKY, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1963, p. 239.

(53) *Rule 127* de Dicey, DICEY et MORRIS, *The conflict of laws*, 8^e éd., 1967, p. 693.

(54) Note à la *Revue*, 1959, p. 708.

(55) Cf. en ce sens, RIGAUX, *Précis*, n° 358, la jurisprudence belge étant amenée, parfois, à consacrer des formules semblables à celles de la jurisprudence anglaise.

(56) 12 nov. 1965, *Revue*, 1966, p. 323.

au moment de la conclusion de l'acte (*art. 26*) et élabore ensuite toute une liste de rattachements variables suivant les divers types de contrats, destinée à jouer en cas d'absence de domicile des parties dans le même Etat (*art. 27*) (57).

§ 2. — Confirmation, sur le plan international, du principe

231. — Nous nous bornerons ici à relever ces confirmations qui émanent tant de la jurisprudence internationale que de certains instruments, conventionnels ou non, internationaux.

A. — LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE.

232. — La Cour permanente de Justice internationale, statuant le 12 juillet 1929 dans les affaires des *Emprunts Serbes* (58) et *Brésiliens* (59), a fourni un argument de poids aux contempteurs du contrat sans loi. Elle déclare en effet : « tout contrat qui n'est pas « un contrat entre des Etats, en tant que sujets du droit international, « a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle « est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on dési- « gne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de « théorie du conflit des lois ». Et la cour de souligner l'appartenance de ce droit international privé au droit interne, sauf exceptions. *A fortiori*, les contrats passés entre de simples particuliers sont-ils soumis à un tel rattachement (60).

B. — CERTAINS INSTRUMENTS INTERNATIONAUX.

233. — Nous citerons parmi ces « instruments internationaux » certains contrats-types établis sous les auspices de la Commission Economique des Nations-Unies pour l'Europe à côté de classiques

(57) La loi tchécoslovaque de 1963 connaît une liste semblable, mais qui, appelée à ne jouer qu'en l'absence de choix des parties, donc en deuxième et non en troisième ressort, ne semble qu'indicative pour le juge (*art. 10* de cette loi).

(58) 1^{er} arrêt *Gouvernement de la République française c. Gouvernement du Royaume des Serbes-Croates-Slovenes*.

(59) 2^e arrêt *Gouvernement de la République française c. Gouvernement fédéral du Brésil*, les deux rapportés au D.P., 1930.2.45, note Decensièrre-Ferrandière ; *Clunet*, 1929.977, note André-Prudhomme et *Revue*, 1929.427, note Niboyet.

(60) La sentence *Aramco* du 23 août 1958 a également consacré ce principe et peut être regardée, dans une certaine mesure, comme participant de la « jurisprudence internationale ». Mais sa nature arbitrale nous a engagés à en repousser l'examen, cf. *infra*, n° 274.

conventions multilatérales. Leur intérêt pour le commerce international rend d'autant plus précieux leur apport. Par ailleurs, leur initiative provenant d'Etats membres de l'O.N.U., bien qu'à l'instigation des milieux professionnels pour lesquels ils furent élaborés, justifie leur mention ici. Enfin, à mi-chemin entre le contrat-type et la convention internationale, se situent les conditions générales de livraison établies par les pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle (*Comecon*).

234. — La Commission Economique des Nations-Unies pour l'Europe a mis au point un certain nombre de contrats-types concernant les *conditions générales de fourniture, vente ou montage* à l'importation et l'exportation de produits de base, de biens de consommation ou de matériels d'équipement.

Offertes à la référence des parties qui peuvent éventuellement en modifier telle ou telle disposition, certaines de ces « conditions générales », ignorant le problème de la loi applicable aux contrats qu'elles concernent, ne prévoient qu'une clause d'arbitrage, ce qui ne préjuge pas du détachement du contrat par rapport aux lois étatiques.

Cependant nombre d'entre elles connaissent et résolvent le problème en faisant appel, à défaut de stipulation — toujours libre — des parties, à certains rattachements.

Ainsi les « conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation, n° 188 A » (61) et n° 574 A (62) de mars 1957 contiennent toutes deux un *article* 28-2° aux termes duquel « sauf convention contraire, le contrat est régi par la loi du constructeur dans la mesure où le permet la loi du pays où l'ouvrage est exécuté » (63).

Très intéressante, car elle se situe dans une tendance illustrée notamment par la Convention de La Haye de 1955 (64), est aussi la solution retenue par les « conditions générales de vente à l'importation et à l'exportation de biens de consommation durables et d'autres produits de pièces mécaniques fabriquées en série » de mars 1961. L'*article* 11 et dernier de ces conditions, relatif à l'arbitrage et au droit applicable, prévoit dans son deuxième alinéa que « le contrat est régi par la loi du vendeur, à moins que les parties n'en aient stipulé autrement » (65).

(61) Cf. la Thèse de P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, préc., et LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, Annexe n° XV, p. 944.

(62) Voir LOUSSOUARN et BREDIN, *id.*, Annexe n° XV, p. 959.

(63) Toutefois les premières de ces conditions générales ajoutant un *alinéa* 3 prévoyant la possibilité pour les parties de donner aux arbitres des pouvoirs d'amiables compositeurs.

(64) Cf. *infra*, n° 237.

(65) LOUSSOUARN et BREDIN, *id.*, Annexe n° XVII, p. 978.

235. — Si ces conditions générales ont été conçues essentiellement pour faciliter la reprise des relations commerciales entre pays d'Europe de l'Ouest et de l'Est, ces derniers, au sein du *Comecon*, ont élaboré en 1958 des *conditions générales de livraison*, ensemble de préceptes matériels destinés à régir les fournitures de toutes marchandises mais surtout de biens d'équipement entre organismes du commerce extérieur de ces mêmes pays.

A mi-chemin entre la loi uniforme et le contrat-type dont elles ont la minutie de détail, ces conditions générales éliminent pratiquement le problème des conflits législatifs entre les pays qu'elles unissent (66). Cependant, dans la mesure où les rapports entre les parties ne seraient pas totalement réglés par le contrat ou les conditions générales *Comecon*, l'article 110, alinéa 1, des conditions générales, dont le texte nouveau adopté en 1968 est entré en vigueur en 1969, prévoit une règle générale de conflit, donnant compétence à « *la législation en vigueur dans le pays du vendeur* » (67).

On retrouve donc encore une fois ce rattachement qui paraît être de plus en plus souvent consacré en matière de vente internationale.

236. — Enfin, mode plus classique d'expression du législateur international, deux conventions multilatérales, ont été élaborées à 10 ans d'intervalle, dans des circonstances et poursuivant des buts contraires, qui peuvent être citées en références d'une doctrine rattachant tout contrat à la loi d'un Etat. Dans l'un et l'autre cas, cependant, il y a lieu à discussion.

237. — a) Il s'agit d'abord de la *Convention de La Haye du 15 juin 1955*, relative à la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (68). Son objet même témoigne du souci du législateur international, ou plus exactement des Etats ayant participé à son élaboration, de soumettre les contrats de vente aux lois étatiques, en unifiant les normes par lesquelles s'opère cette soumission.

La convention part du principe de l'autonomie de volonté, laissant aux parties contractantes le soin de désigner « *le pays dont la loi interne régira la vente* » ; cette désignation pourra résulter soit d'une clause expresse, soit des dispositions du contrat si elle est, en ce cas, indubitable (art. 2).

Ces termes paraissent très nettement placer le contrat dans le cadre d'une législation étatique déterminée et répudier tant la

(66) U.R.S.S., Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie, D.D.R., République de Mongolie.

(67) L'article 74 des conditions générales de 1958 donnait la même solution : cf. « Chronique de jurisprudence soviétique », par M. BOGUSLAVSKI, *Clunet*, 1971, p. 374 et s. et les références de doctrine citées.

(68) Entrée internationalement en vigueur le 1^{er} septembre 1964, elle lie la France qui l'a publiée par décret du 6 août 1964 au *Journal officiel* du 13 août 1964.

notion de contrat sans loi que celle de contrat soumis à des normes non étatiques. Sur le second point des doutes se sont cependant élevés (69). Sur ces doutes, une conviction s'est formée, celle de M. P. Kahn qui, constatant l'absence d'apports significatifs des travaux préparatoires, et le temps écoulé entre ces travaux et la rédaction de la convention, temps pendant lequel s'est considérablement développée la *lex mercatoria*, a pu écrire qu'« une interprétation plus large conduisant à admettre que la désignation d'un droit substantiel dont l'assise serait autre que le territoire d'un seul Etat ne nous paraît pas exclue par la rédaction même de l'article 2 pourvu que ce droit soit suffisamment déterminé » (70). La référence à la « loi interne d'un pays » viserait seulement à écarter le renvoi.

Mais, comme il a été remarqué (71), cette « interprétation est assez difficilement soutenable » devant les termes clairs de la convention, et nous nous rallierons à cette opinion. Quant à l'économie de la convention, si la « loi d'autonomie » en est la solution de droit commun, l'applicabilité de la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle est la solution — dont nous avons déjà souligné la faveur — reçue à défaut de volonté déclarée. Certains rattachements différents sont cependant retenus. Ainsi lorsque la commande a été reçue dans le pays où l'acheteur a sa résidence, lorsqu'il s'agit d'un marché de bourse ou de vente aux enchères, etc.

Enfin, classiquement, la convention exclut de son domaine d'application la capacité des parties, la forme de l'acte, le transfert de propriété et les effets de la vente *erga omnes*.

238. — b) Signée à Washington le 18 mars 1965, la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » (72) intervient dans un contexte tout différent. Dans le domaine très particulier des relations entre les investisseurs privés et les Etats bénéficiaires de ces investissements, la convention a essentiellement pour but de mettre en place, grâce au Centre qu'elle institue, des mécanismes de conciliation et d'arbitrage destinés à aplanir les difficultés contentieuses entre les parties concernées et à assurer pour l'avenir une certaine sérénité à leurs relations.

Le chapitre IV de la convention, réglant l'arbitrage, contient un article 42-1° qui enjoint au tribunal arbitral de statuer sur le

(69) LOUSSOUARN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Etudes juridiques offertes à M. Julliot de La Morandière*, spéc. p. 320.

(70) « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Clunet*, 1966, spéc. p. 327. L'auteur ne faisait cependant pas ces réserves dans sa thèse, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, p. 250-251.

(71) B. GOLDMAN, cependant favorable, de manière générale, à une telle solution, cours polycopié, 1970-71, *Droit du commerce international*, p. 339.

(72) Publiée en France par décr. du 18 déc. 1967 au J.O. du 31 déc. 1967. Voir texte, *Revue*, 1968, p. 128.

différend « conformément aux règles de droit adoptées par les parties ». A défaut d'accord entre les parties, sera appliqué le droit de l'Etat contractant « y compris les règles relatives aux conflits de lois, ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Sous réserve de ces dernières dispositions sur lesquelles nous aurons à revenir (73), l'expression « règles de droit adoptées par les parties » prête à discussion.

Si l'on a pu estimer que la convention portait ainsi « condamnation de la théorie dite du contrat sans loi, aux termes de laquelle les rapports nés d'un accord d'investissement constitueraient un système *sui generis*, indépendant de tout ordre juridique national ou international » (74), il demeure que les « règles de droit adoptées par les parties » pourraient ne pas être des règles de droit étatique. Selon M. Goldman, en effet, les « règles de droit » pourraient être celles du « *droit commun des relations économiques internationales* » qui d'une part serviraient de « système juridique général de référence », la convention ne semblant pas exclure l'appel aux dispositions mêmes du contrat, d'autre part ne seraient pas exclues sans rémission par la désignation qu'auraient faite les parties d'un droit national tant il est « difficile de cantonner l'investissement dans les frontières d'un ordre juridique national » (75).

Mais nous abordons, avec cette convention, un domaine dans lequel se font précisément jour les tendances à « *l'internationalisation* », selon l'expression de M. P. Weil (76), des rapports contractuels — tendances nouvelles qui visent de plus en plus à saper le principe dont nous venons ainsi de rappeler quelques consécutions.

SECTION II

LES TENDANCES A « L'INTERNATIONALISATION » DES RAPPORTS CONTRACTUELS

239. — Depuis longtemps déjà la pratique des hommes d'affaires participant aux relations du commerce international révélerait de telles tendances que les travaux de MM. Goldman, Kahn et Fouchard (77) ont — pour la France — mises en évidence. La

(73) Cf. *infra*, n° 280.

(74) DELAUME, Commentaire de la convention, *Clunet*, 1966, p. 26, spéc. p. 45.

(75) Rapport in « Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et personnes privées », *Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de la Faculté de Droit de Dijon*, Paris, 1969, spéc. p. 144 et s. et compte rendu par FATOUROS, *Revue*, 1970, p. 580, not. p. 587.

(76) « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n° 128, 1969.III, p. 101 et s.

(77) Préc.

soustraction du contrat au droit étatique s'accompagne pour les auteurs qui renient le contrat *in vacuo*, d'une véritable internationalisation du rapport juridique. Ayant rompu ses amarres d'avec la loi nationale trop étroite pour contenir et régir de façon satisfaisante l'acte qui, parfois, étend ses effets sur plusieurs pays, le contrat sera, dans l'optique de ces mêmes auteurs, soumis au droit commun économique ou nouvelle *lex mercatoria*.

Ce nouveau système qui se veut normatif n'est pas encore, de l'aveu même de ses partisans, formé mais se trouve en processus de formation. Devant la pauvreté, la rareté, l'ambiguïté et le caractère sporadique de ses manifestations la doctrine est appelée à jouer un rôle prépondérant : « dans un domaine aussi évolutif que celui-ci *lex lata* et *lex ferenda* sont proches l'une de l'autre, et la mission de la doctrine consiste à utiliser les données concrètes afin de faire avancer le droit par une construction cohérente » (78). Aussi est-on, sur ce terrain mouvant, tenu de progresser pas à pas et de faire le départ entre le réel et le voulu, aussi bien qu'entre le possible et le souhaitable.

240. — Plus récemment, des tendances identiques sont apparues dans les relations d'affaires mettant en regard, non plus de simples commerçants, mais des Etats et des particuliers, bien qu'en ce domaine la tradition, récente mais très forte, soit dans le sens de la soumission du contrat à la loi de l'Etat contractant. Malgré les différences des traditions, des problèmes soulevés, des intérêts à satisfaire, le parallèle avec la doctrine rappelée en premier lieu, n'est pas dépourvu d'intérêt. En effet, ici aussi, des auteurs ont préconisé ou cru voir l'apparition d'un « tiers ordre juridique », ni national, ni international, donc abstrait des cadres classiques (79).

Dans l'une et l'autre hypothèse, élargissant en espérant ne pas les déformer les vues de M. P. Weil (80), ces « suggestions d'un « tiers ordre », intermédiaire et mixte ... constituent le refuge classique de juristes confrontés tout à la fois à une *summa divisio* en deux pôles et à une réalité nouvelle difficilement réductible à l'un d'eux ».

241. — Droit commun économique ou tiers ordre juridique, les arbitres en paraissent « les révélateurs », « sinon les véritables sources », en reconnaissant, sanctionnant et systématisant des pratiques qui, d'individuelles deviennent collectives et en ajoutant à la répétition la nécessaire *opinio juris* qui fera de l'usage une

(78) P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n° 128, 1969.III, p. 173, rapportant l'opinion conforme de FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962.

(79) Cf. La notion de droit transnational de P. JESSUP (*Transnational Law*, 1956) et de P. LALIVE, in « Un récent arbitrage suisse entre un organe d'Etat et une société privée étrangère », *Annuaire suisse de droit international*, 1962, p. 273.

(80) *Cours*, préc., p. 18.

véritable source normative. Aussi l'*arbitrage* est-il comme un *instrument essentiel du détachement du contrat par rapport à la loi étatique*. D'importantes nuances doivent en réalité être apportées à cette opinion, car l'expérience prouve que l'arbitrage est, à lui seul, impuissant à réaliser ce détachement : encore faut-il la réunion des circonstances privilégiées qui seront notamment que la « norme » à laquelle on veut soumettre le contrat « dénationalisé » possède un degré suffisant de précision et de rigueur. Doivent donc s'ajouter à l'arbitrage certains *facteurs déterminants* pour que s'accomplisse cette *internationalisation* du rapport contractuel. Celle-ci, nous le verrons, ne peut, du reste, être totale, mais connaît des limites.

Nous verrons comment se pose la question, successivement au niveau des contrats ordinaires, passés entre particuliers ou sociétés (§ 1) puis au niveau des contrats auxquels un Etat est partie (§ 2).

§ 1. — Les contrats internationaux entre particuliers

242. — Selon une constatation déjà relativement ancienne, des usages naissent de la pratique internationale des affaires, créés par et pour les besoins de ceux qui participent à cette vie en dehors de toute intervention du législateur étatique. A l'ensemble de ces usages on a donné des noms divers parmi lesquels celui de *lex mercatoria* semble s'imposer (81), marquant l'absence de solution de continuité qui caractérise — en dépit de la rupture due à la nationalisation, au xvi^e siècle du droit du commerce — l'organisation et la cohésion des hommes d'affaires depuis l'élaboration, dès le xiii^e siècle, dans les grandes foires, d'un droit commun et véritablement international.

L'élaboration de ces normes a eu pour cause essentielle le caractère insuffisant des droits nationaux, souvent vieilliss ou incomplets et surtout destinés à satisfaire avant tout des intérêts généraux, qui ne coïncident pas nécessairement avec ceux des parties aux contrats internationaux.

Aussi ces parties, ces hommes d'affaires, préfèrent-ils ce « droit » particulièrement adapté à leurs besoins, qui leur offre les avantages de technicité, d'application simple et sûre puisque, étant commun, il dépasse le problème des conflits de lois. Ils se tournent en même temps vers de nouveaux juges, les *arbitres* du commerce internatio-

(81) Cf. SCHMITTHOF, « International Business law. A new law Merchant », *Current law and social problems*, University of Western Ontario 1961 (3) 129 ; GOLDSTAJN, « The Law Merchant », *the Journal of Business law*, 1961, p. 12 ; GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964.177 ; SCHMITTHOFF, « The law of international trade, its growth, formulation and operation », Rapport général au colloque de Londres de 1962 des Sciences juridiques sur les sources du droit du commerce international, in *The sources of the law of international trade*, Londres, 1964, p. 3.

nal, qui seuls peuvent appliquer ce droit commun sans avoir à respecter, comme le juge national, les ordres du législateur interne.

Le recours à l'*arbitrage* apparaît donc comme essentiel à l'internationalisation des rapports contractuels (82).

Ainsi les usages, préexistants, du commerce international ne prennent corps et ne se développent que grâce à l'organe qui les applique, de sorte qu'il est difficile de démêler, pour reprendre les termes de M. Goldman, si l'arbitrage en est la source ou le révélateur.

Si l'arbitrage atténue en fait les conflits de lois dans le commerce international, nous verrons cependant qu'il demeure impuissant à les faire totalement disparaître, de sorte que l'internationalisation recherchée des contrats n'est que partielle à la fois pour l'ensemble des contrats et pour chaque contrat en particulier (83).

A. — L'ARBITRAGE, SOURCE ET RÉVÉLATEUR DE L'INTERNATIONALISATION DES CONTRATS.

243. — 1° Ce rôle, l'arbitrage va l'exercer, au départ, grâce à un *régime essentiellement favorable* résultant d'une pratique encouragée par les Etats (84) et dont les deux traits saillants sont : l'internationalisation de la procédure arbitrale, d'une part, le contrôle réduit exercé par les juridictions étatiques sur les sentences arbitrales, d'autre part. Nous rappellerons rapidement ces points.

244. — a) Deux systèmes se sont essentiellement opposés, visant à résoudre le conflit de lois relatif au règlement de la procédure arbitrale : celui des tenants de la loi du siège arbitral, représenté essentiellement par M. Sauser-Hall dont les vues ont séduit l'Institut de droit international, et le système des tenants de la loi d'autonomie — notamment M. Klein —. Ainsi s'opposaient les conceptions institutionnelle ou contractuelle de l'arbitrage.

(82) Cf. R. DAVID, « Arbitrage du XIX^e siècle et arbitrage du XX^e siècle », in *L'arbitrage international commercial*, conférences févr.-mars 1965 : « L'arbitrage dans les relations du commerce international vise à dépasser les droits nationaux en portant remède à leurs insuffisances ». Voir également, pour ce rôle de l'arbitrage, seul apte à permettre un détachement du contrat par rapport aux ordres juridiques étatiques, P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 226 et s.; LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, p. 40, n° 33; les rapports de MM. SANDERS, KITAGAWA et J. ROBERT dans *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, P. Sanders éd., La Haye, 1967, et le compte rendu par M. MEZGER à la *Revue*, 1970, p. 171 et s.; P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1964, préc.; MINOLI, « L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois », *Rev. arb.*, 1966.63, n° 3.

(83) Cf. B. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71, p. 318.

(84) Soit par une jurisprudence favorable, soit par la signature de conventions internationales.

Cependant, l'arbitrage international paraissait appeler un régime propre (85) en même temps que se développaient, grâce à la multiplication des Centres permanents d'arbitrage, des « règles autonomes de la pratique internationale » parmi lesquelles se distinguaient, au-delà de simples tendances, des constantes (86).

La jurisprudence française a facilité l'évolution vers une internationalisation de la procédure arbitrale, en abandonnant la matière à l'autonomie des parties à l'arbitrage, libres de régler la procédure comme elles l'entendent — donc de se référer à des normes élaborées par la pratique (87).

245. — Sur un plan proprement international cette fois, ce sont les deux récentes conventions relatives à l'arbitrage, celle signée à New York en 1958 et celle conclue à Genève en 1961, qui marquent à cet égard un point de non retour qu'a permis le libéralisme des Etats ayant participé à l'élaboration de ces instruments.

Ainsi, la Convention de New York, dans son *article 5-1°*, abandonne à la convention des parties la constitution du tribunal arbitral comme le déroulement de la procédure, ne faisant appel à la loi du pays où l'arbitrage a lieu qu'à défaut d'une telle convention.

Bien plus, la Convention de Genève, dite Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, de 1961, donne directement valeur, dans son *article 4*, aux règles forgées par la pratique et prévoit la possibilité, pour les parties, de se référer à une institution permanente d'arbitrage.

Ainsi, en ce domaine (88), le pouvoir normateur est abandonné sous réserve du respect des droits de la défense et de l'ordre public aux praticiens. Le développement de l'arbitrage corporatif, dans certaines branches du commerce très structurées, telles celles du blé, du coton, du café... par une institution d'arbitrage permanente, qui joue souvent au détriment de l'arbitrage *ad hoc*, fera que l'internationalisation de l'arbitrage — son détachement par rapport aux droits étatiques au reste inadaptés — s'accompagnera d'une institutionnalisation et d'une internationalisation véritables de celui-ci.

(85) Cf. R. DAVID, « Arbitrage international et arbitrage étranger », *Sonderdruck aus der Festschrift für Hans G. Ficker*, p. 121 et s.

(86) Cf. FOUCHARD, thèse préc., p. 299 et s. Voir également, pour un effort de rapprochement des règlements des institutions d'arbitrage, les études de P. BENJAMIN, « Etude comparée de l'arbitrage commercial international comme institution en Europe et aux U.S.A. », *Rev. arb.*, 1957.114, et, de P. SANDERS, le rapport général de *Arbitrage international commercial. International commercial Arbitration*, Paris, Dalloz-Sirey, 1956, vol. I.

(87) Voir notamment, Paris, 9 déc. 1955, *Revue*, 1956.523, note Motulsky et les références données par P. Fouchard, p. 323 et s., qualifiant la conception française de « conception la plus libérale ».

(88) Sauf quelques exceptions, telle que celle de l'*article 7-2* de la convention de 1961.

246. — Contre une telle tendance s'élève en vain le légalisme d'un auteur comme M. A. Mann, dont le but est de montrer que l'arbitrage, comme toute autre institution de droit interne, exige une solide base légale, qui ne peut être trouvée que dans la reconnaissance et la mise en œuvre de cette idée : *lex facit arbitrum...* (89), et qui écrit : chaque système de droit international privé est un système de droit national, chaque arbitrage est un arbitrage national, c'est-à-dire soumis à un système particulier de droit national (90) ou encore : chaque arbitrage est nécessairement soumis à la loi d'un Etat donné. Aucune personne privée n'a le droit ou le pouvoir d'agir sur un fondement autre que celui du droit interne (91).

Mais, si ce point de départ pourrait être accepté, la conclusion de M. Mann est inadmissible et ne correspond pas aux exigences ni aux réalités du droit positif, en ce qu'il soumet par principe l'arbitrage à la loi du siège du tribunal arbitral ou *lex arbitri* (92).

247. — b) L'arbitrage international bénéficie également de rigueurs moindres quant au contrôle exercé, de la part des juridictions nationales, sur les sentences arbitrales qui leur sont soumises en vue de l'exécution forcée. Bien que peu de sentences soient enregistrées à cet effet, dans les greffes, il y a là, en effet, un moment critique, celui qui risque, par l'intrusion des organes juridictionnels de l'Etat, de remettre en cause l'arbitrage. Là encore, nous illustrerons ce propos par l'exemple de la jurisprudence française et des conventions internationales récentes.

La *Cour de cassation française* a, dans un célèbre arrêt *Roses* énoncé que « les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis « font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel » et que, dès lors, les sentences arbitrales rendues à l'étranger doivent « être traitées en France comme des sentences arbitrales françaises » et recevoir, pour leur exécution, l'exequatur non d'un tribunal tout « entier mais d'un président du tribunal » (93).

Etant assimilées aux sentences internes et non aux jugements étrangers, les sentences arbitrales étrangères ou internationales

(89) « To show that arbitration, like any other institution of municipal law, requires a firm legal basis which can only be found in the recognition and implementation of the idea of *lex facit arbitrum...* », *op. cit.*, p. 159.

(90) « Every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law », *id.*, p. 159.

(91) « Every arbitration is necessarily subject to the law of a given state. No private person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law », *id.*, p. 160.

(92) Cf. la critique de M. Mezger, qui se proclame déçu par la démonstration de M. Mann qui aurait ainsi rendu un mauvais service à la cause du légalisme : *Revue*, 1970, p. 176 et s.

(93) Cass., 27 juill. 1937, D., 1938.1.25. Cf. MEZGER, « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 273 et s.

seront donc soustraites à un contrôle de régularité au point de vue des conflits de lois : les pouvoirs du président du tribunal ne lui permettent pas de rechercher si la loi applicable a été réellement appliquée (94). La latitude ainsi accordée à l'arbitre d'appliquer les normes de son choix, au fond du droit, se complète heureusement par la constatation, faite par la jurisprudence, de la non-contrariété à l'ordre public français de l'absence de motivation de la sentence (95).

Quant aux *conventions internationales de New York de 1958* et *Genève 1961*, elles énumèrent limitativement les conditions auxquelles une sentence peut se voir refuser reconnaissance et exécution.

Si la deuxième contient une disposition (*art. 7*), sur laquelle nous reviendrons et qui est relative au droit applicable, aucune des deux conventions ne fait du contrôle du droit appliqué au fond par l'arbitre une condition de régularité de la sentence (96).

248. — 2° Il découle de ce qui précède une grande liberté de l'arbitre, lorsqu'il est amené à résoudre un problème de conflit de lois, vis-à-vis du *maniement des normes de conflit de lois*. Le problème se présente beaucoup plus souvent qu'on ne veut bien le prétendre : ainsi, selon un dépouillement que nous avons pu faire des sentences rendues sous les auspices de la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) les arbitres sont dans plus de la moitié des cas confrontés à ces problèmes (97).

M. Goldman a développé la thèse selon laquelle l'arbitrage international était appelé à créer et appliquer un *système autonome de solution des conflits de lois* (98).

En effet, l'arbitre, à la différence du juge étatique, n'a pas de for et, partant, n'a pas de règle de conflit du for à appliquer (99). Toute assimilation à cet égard, entre le lieu — fortuit — où se trouve le tribunal arbitral et le forum du juge, est abusive. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi l'arbitre appliquerait tel système

(94) Sous réserve de l'intervention de l'ordre public, cf. *infra*, n° 262. Cf. BATIFFOL, *L'arbitrage et les conflits de lois*, conférence faite au Centre de droit comparé, le 31 mai 1957. Voir compte rendu, *Rev. arb.*, 1957, p. 110.

(95) Arrêts *Elmassian*, Cass., 14 juin 1960 et *Gerstlé*, 22 nov. 1966. Cf. GOLDMAN, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 127 et s.

(96) Article 5 de la Convention de New York et article 9 de la Convention de Genève. Il s'agit de la loi applicable au fond. Il faut excepter, exception retenue par les deux conventions, la capacité des parties et l'invalidité de la convention d'arbitrage ; et exception retenue, à titre de faculté, par la seule Convention de New York : l'arbitrabilité du différend.

(97) Très exactement 11 sur 23 pour 34 sentences rendues en 1967, 18 sur 32 sentences rendues entre 1969 et 1971.

(98) « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil*, n° 109, 1963.II, p. 353 et s.

(99) Voir B. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71, p. 382-383.

de droit international privé plutôt qu'un autre. Force est donc de reconnaître que l'arbitre doit dégager une règle de conflit qui lui est propre, ébauche de droit international privé commun, dont la solution « doit faire une place presque exclusive à la loi de l'autonomie » (100).

A défaut de loi choisie par les parties, l'arbitre désignera, dans des conditions proches de la recherche de la *proper law* du droit anglais, la loi la plus apte à régir le contrat, selon les éléments objectifs de celui-ci (101).

Cette conception qui s'oppose naturellement à celle développée par M. Mann (102) est également soutenue par M. Fouchard (103) et dans l'ouvrage de MM. Loussouarn et Bredin (104).

249. — Ainsi que le notent ces derniers auteurs, là encore le droit conventionnel conforte cette opinion. En effet, l'article 7 de la Convention de Genève de 1961, relatif au droit applicable par les arbitres, dispose qu'à défaut de choix, par les parties, du droit applicable, choix essentiel, « les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce ».

Cette clause, si elle ne permet aux arbitres que de choisir un droit international privé étatique, semble un détour bien inutile. Aussi les auteurs précités y voient-ils la permission, donnée à l'arbitre, d'élaborer son propre système de rattachement (105).

250. — Les arbitres usent-ils, en fait, fréquemment de cette faculté ? Nous ne saurions évidemment en juger, néanmoins d'un dépouillement — auquel il a déjà été fait allusion — de 35 sentences au total de la Chambre de commerce internationale, sentences retenues pour leur intérêt vis-à-vis des problèmes de droit international privé, se dégagent certaines tendances qui, se trouvant concorder avec celles notées par M. Goldman (106) doivent être indiquées ici.

(100) Cf. *Cours, préc.*, p. 466 et s.

(101) Cf. FOUCHARD, thèse préc., p. 380 : l'arbitre n'a à obéir qu'à deux impératifs : souplesse et efficacité, p. 393.

(102) Pour cet auteur, de même que le juge doit appliquer le droit international privé du for, de même l'arbitre doit appliquer le droit international privé du siège arbitral, la *lex arbitri* (« Just as the judge has to apply the private international law of the forum, so the arbitrator has to apply the private international law of the arbitrator's seat, the *lex arbitri* », *op. cit.*, p. 167).

(103) Thèse préc., p. 362 et s.

(104) *Droit du commerce international*, p. 42, n° 34.

(105) Voir cependant la controverse, à cet égard, entre MM. KOPELMANAS, *Rev. trim. dr. com.*, 1957.895, qui se prononce en faveur d'une telle liberté créatrice, et J. ROBERT, D., 1961, Chron. 180, selon qui la liberté de l'arbitre se borne à choisir entre les systèmes étatiques existants, « cette opinion étant elle-même guidée par les usages du commerce ». Cf. P. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 384.

(106) *Cours préc.* professé en 1963 à La Haye.

Parmi ces 35 sentences, 8 seulement font application expresse d'un système étatique de conflit de lois. Trois d'entre elles rejettent cependant le système du lieu où siège le tribunal arbitral (107) pour faire usage de la règle de conflit choisie par les parties (108), à défaut de celle librement recherchée par l'arbitre parmi les systèmes étatiques (109) ou encore de celle appartenant au système dont la loi matérielle régit la procédure (110).

Des 27 sentences restantes, 13 se réfèrent purement et simplement à la volonté exprimée, quant au droit applicable, par les parties. Dans le silence de ces parties, 9 sentences recherchent la loi applicable en dehors de toute référence à un quelconque système de droit international privé.

Selon deux autres sentences, les arbitres prennent soin d'affirmer la liberté de la recherche de la loi applicable par l'arbitre. L'une, rendue par M. G. Holleaux en 1964, motive cette liberté de manière très ferme : « une juridiction arbitrale internationale ne relevant du « droit international privé d'aucun Etat, détermine elle-même, à « défaut de choix par les parties de la loi applicable à leurs rapports « contractuels, ses propres règles de conflit en fonction des données « essentielles du litige qui lui est soumis... » (111).

De même, la sentence rendue par M. Batiffol en 1970 pose que le choix par les arbitres est indépendant de tout système légal particulier.

251. — Enfin dans 3 sentences, dont 2 ont déjà été mentionnées, les arbitres utilisent une méthode qui vaut d'être signalée car elle est un facteur très particulier de coordination des systèmes de conflit. En effet, les arbitres constatant que le litige est en rapport avec plusieurs pays, plusieurs systèmes, s'attachent à relever la convergence de ces systèmes dans la détermination de la loi applicable (112).

La méthode peut être utilisée directement, auquel cas la loi désignée le sera au nom d'un fonds commun des divers systèmes de droit international privé ; ou bien l'arbitre commence par appliquer un système de conflit donné qui le conduit à une loi « X » et s'attache ensuite à démontrer que cette désignation résulte également des autres systèmes de conflit qui pourraient s'appliquer.

(107) Rejet exprimé formellement dans 2 sentences.

(108) 1 sentence.

(109) 1 sentence.

(110) 1 sentence.

(111) Cette même sentence avait affirmé par ailleurs la nature des juridictions arbitrales, « juridictions de pur intérêt privé, et de nature contractuelle, « fondées qu'elles sont sur le seul accord de volonté des parties litigantes, et qui, « de surcroît, et spécialement en matière internationale comme en l'espèce, sont « dégagées de toute allégeance nationale ».

(112) Il reste ainsi (27-25) 2 sentences qui ne recherchent pas le droit applicable. Cf. *infra*, n° 255.

La sentence rendue par M. Lalive en 1971, utilisant la première de ces voies, expose ainsi que, dans le domaine contractuel, il est possible de parler dans une large mesure d'un droit international privé commun ou universel, au moins chaque fois que la question est celle de la loi gouvernant le contrat, quand il y a un choix exprès des parties (113).

Encore plus intéressante est la sentence rendue en 1970 sous la présidence de M. Mezger qui commence par constater qu'il existe plusieurs méthodes de recherche de la loi applicable par l'arbitre et donne sa préférence à « celle qui recommande de consulter les règles de conflit des pays en question, en l'espèce l'Allemagne et les U.S.A., plus précisément l'Etat de New Jersey, pour voir si elles ne coïncident pas ou ne convergent pas vers une solution commune ». Constatant en l'espèce cette convergence, les rédacteurs de la sentence se demandent ce qu'il en est de la méthode retenue par l'article 7 de la Convention de Genève de 1961 et estiment que « dans les circonstances de l'espèce la règle de conflit la plus appropriée est celle vers laquelle convergent tous les droits intéressés, y compris le droit international privé français, c'est-à-dire la Convention de 1955... » (114).

252. — 3^o Cependant « si l'arbitrage commercial international ne pouvait fonctionner sans rencontrer et résoudre ces conflits de lois étatiques, que redoutent aussi bien les juges professionnels des Etats que les justiciables, son utilité aux yeux des praticiens du commerce international, serait faible. Et l'assouplissement certain du maniement de la règle de conflit que l'on constate lorsque ces arbitres sont maîtres de cette règle, serait insuffisant... », écrivait M. Fouchard (115).

L'intérêt essentiel de l'arbitrage sera donc l'application, par l'arbitre, de *normes autres que les normes étatiques*. Ces normes, d'origine professionnelle, qui forment le corps de la *lex mercatoria*, sont à base de contrats-types établis par les associations professionnelles ou des usages codifiés par des organismes tels que la Chambre de commerce internationale. M. Schmitthoff décrit ainsi la coutume commerciale internationale : elle se compose de pratiques commerciales, usages ou contrats-types qui sont si largement utilisés que les hommes d'affaires engagés dans le commerce international attendent de leurs cocontractants qu'ils s'y conforment, et qui

(113) « In the field of contract, it is possible to speak, to a large extent, of a « commun or universal private international law, at least whenever the question « is that of the law governing the contract when there is an expressed choice by « the parties ». Une sentence de M. Mezger, rendue en 1971, témoigne au contraire de l'emploi de la première méthode, puisque, partant du droit international privé français, elle constate que les mêmes règles prévalent en droit international privé allemand et canadien.

(114) Convention de La Haye sur la loi applicable en matière de vente internationale.

(115) Thèse citée, p. 401.

sont formulés par des organismes internationaux comme la Chambre de commerce internationale, la Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe, ou les associations du commerce international... (116).

Cette fonction dévolue à l'arbitrage qui est à la fois d'appliquer et de fixer ces sources d'un droit a-national, corporatif ou professionnel, a été trop mise en exergue par divers éminents auteurs pour qu'il soit utile, ici, d'y insister et sans qu'il puisse d'ailleurs, à ce stade, y être ajouté quelque chose (117).

253. — Selon divers auteurs, cette faculté pour l'arbitre d'appliquer, en s'affranchissant des lois étatiques, des normes professionnelles résulterait *ipso facto* de la clause compromissoire (118).

Pour M. Level (119) : « le choix du droit commercial commun (*lex mercatoria*) doit être *présupposé* dans tout contrat international comportant une *clause compromissoire* sauf preuve contraire..., mais qui ne résulte pas pour autant d'une loi étatique, puisque la référence à cette dernière s'accommode... d'une combinaison avec le droit a-national... ». En effet, pour lui, « le choix de professionnels initiés aux conditions et usages de la branche d'activité postule l'application d'office du droit corporatif a-national » (120).

A cette doctrine, une sentence importante rendue par un arbitre belge en 1970 paraît faire directement écho en énonçant que, quand X a décidé de soumettre les litiges issus du contrat aux Règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, X désirait, en fait, voir les litiges tranchés, sans aucune référence à aucune loi nationale, sur la base des termes et stipulations convenus, et en conformité avec la coutume et la pratique internationales, ainsi que Y et Y le mentionnèrent à plusieurs reprises dans leurs notes et plaidoiries (121).

(116) « It consists of commercial practices, usages or standards which are so widely used that business men engaged in international trade expect their contracting parties to conform with them and which are formulated by international agencies such as the I.C.C., the United Nations Economic Commission of Europe, or international trade associations... », « Law of international trade. Its growth, formulation and operation » in *The sources of the law of international trade*, préc., p. 16.

(117) Cf. FOUCHARD, thèse préc., p. 351 et s., p. 401 et s., et la bibliographie citée ; LOUSSOUARN et BREDIN, préc., p. 44, n° 35.

(118) Voir LOUSSOUARN et BREDIN, préc., p. 41, note 1.

(119) Communication précitée du 27 mai 1966 au Comité français de Droit international privé, *Comité Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 230.

(120) *Id.*, p. 231.

(121) « When X decided to submit the disputes arising from the contract under the I.C.C. Rules of arbitration, X wanted, in fact, to see the disputes settled, without any reference to any national law, on the basis of the agreed terms and provisions, and in accordance with international custom and practice, as X and Y repeatedly mentioned in their notes and pleadings... ». L'arbitre fait référence à J. ROBERT, « De la place de la loi dans l'arbitrage », *Liber Amicorum for Martin Domke*, p. 226.

254. — Cependant plus généralement, les auteurs attachent à cet égard une importance décisive à la seule *clause d'amiable composition* qui dégage véritablement l'arbitrage de toute référence stricte aux droits nationaux (122).

Il a été montré (123) que la clause d'amiable composition permettant à l'arbitre de statuer en équité ou *ex aequo et bono* n'entraîne pas celui-ci à rechercher la solution la plus juste, mais à appliquer ou rechercher la solution en fonction des usages du commerce international, donc en fonction de normes générales : de même l'*Equity* avait créé en Grande-Bretagne au XIII^e siècle, un corps de règles autonomes distinct de la *Common Law*.

De semblables effets s'attacheraient évidemment à la clause par laquelle les parties enjoindraient directement à l'arbitre de statuer selon les principes ou les usages du commerce international ou de la profession considérée.

Ainsi, selon les auteurs cités, l'arbitrage apparaîtrait comme une véritable *juridiction internationale* dont le rôle est de *dire le droit*, mais ce droit étant considéré comme un *droit a-national* (124).

255. — Le dépouillement des sentences auquel nous avons procédé confirme-t-il cette opinion ou ce vœu ? Sur les 35 sentences, 33, nous l'avons vu, procédaient par les voies que nous avons déterminées à la recherche d'un droit national applicable au contrat litigieux. Ainsi deux seulement (125) ont déclaré s'affranchir de tout droit national pour appliquer, l'une les termes du contrat et l'*international custom and practice*, l'autre « les règles et usages » internationaux, sans référence à un droit national déterminé.

Cependant, sur les 33 sentences recensées, 28 appliquent *effectivement* un droit national déterminé, cette application paraissant exclusive de toute autre base juridique à la sentence. Au contraire, une sentence, fondée sur les pouvoirs d'amiable compositeur accordés par les parties à l'arbitre, après avoir déclaré le droit français appliqué en la cause, l'écarte pour des motifs d'équité : elle n'en fait donc qu'une application purement théorique.

Il reste 4 sentences assez typiques qui, faisant application d'un droit national, déclarent que ce dernier sera « complété, si besoin » est, à titre supplétif, par les règles et usances de caractère international régissant les contrats internationaux » (126).

(122) Voir, en ce sens, LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, p. 44-45, n° 35 : seule cette clause permet de reconnaître à l'arbitre la faculté de consacrer un droit corporatif a-national. Une semblable idée semble être celle de M. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71, p. 383 et s.

(123) Cf. GOLDMAN, *id.*

(124) Voir FOUCHARD, thèse préc., p. 543.

(125) Dont celle citée *supra*, n° 253 et rendue par un arbitre belge.

(126) Termes empruntés à une sentence rendue par M. Van Reepinghen en 1967. Cpr. avec la Convention de Genève, 1961, art. 7 enjoignant aux arbitres de « tenir compte » — outre du droit applicable — des « stipulations du contrat et des usages du commerce ».

Ceci correspond parfaitement à ce que nous avons pu voir de contrats ou d'actes de mission des arbitres. Les parties désignent de plus en plus fréquemment le droit national qu'elles entendent voir appliquer au litige. Les clauses d'amiable composition ne sont nullement monnaie courante — et il arrive d'ailleurs que, dans l'acte de mission, les parties regrettent ce premier choix et commandent, d'un commun accord, à l'arbitre de « statuer en droit ». Les clauses se référant directement aux usages du commerce sont encore plus rares (127).

Il résulte de ce qui n'est évidemment qu'un sondage (car la discrétion entourant les sentences, leur nombre et leur dispersion même interdisent tout véritable travail scientifique) que la recherche de la loi applicable qui est au centre des problèmes de conflits de lois ne semble nullement dépassée mais conserve toujours un rôle. En effet, l'arbitrage, s'il est de nature à diminuer la fréquence du conflit des lois étatiques par l'application de coutumes professionnelles, est loin cependant d'en abolir toute éventualité.

B. — L'ARBITRAGE, FACTEUR D'ATTÉNUATION, MAIS NON DE DISPARITION DES CONFLITS DE LOIS.

256. — En se référant aux termes mêmes du contrat — comme au reste le fait le juge étatique — qui peuvent parfois suffire car ils contiennent tous les éléments de décision, en les interprétant à la lueur de ce qui est d'usage dans les contrats de ce type dans une branche considérée, l'arbitre réduit les hypothèses de conflit de lois parce que la nécessité même de faire appel à un droit national ne se présente pas en fait. Mais il va de soi, et les partisans les plus convaincus de la *lex mercatoria* le reconnaissent volontiers (128), qu'une telle éventualité ne se produit que dans certains domaines de prédilection, à la faveur de certaines circonstances que nous rappellerons brièvement en indiquant pourquoi le problème des conflits de lois ne peut être totalement élué.

(127) Ainsi d'un recensement de clauses d'arbitrage figurant dans des contrats passés entre entreprises belges et entreprises des pays d'Europe de l'Est effectué en 1969 et publié en juin 1970 dans le *Bulletin d'Information des juristes d'entreprises belges*, étudié au cours d'un colloque du Centre Droit et Vie des affaires de la Faculté de Droit de Liège en octobre 1970, il ressort que, sur 18 clauses examinées, si 4 ne prévoient rien du tout, 9 prévoient le droit applicable, 3 stipulent une clause d'arbitrage en amiable composition ou plutôt *ex aequo et bono* (contrat avec Roumanie), et 2 (contrat avec U.R.S.S.) seulement se réfèrent directement aux *customs well known in the international trade* ou aux « droits communs internationaux ainsi que des pratiques usuelles commerciales ». Mais il faut ajouter qu'à l'instar du système adopté dans la Convention de Genève, ces références ne viennent qu'à la suite d'une application prévue d'un droit national désigné en vertu des principes de conflit de lois.

(128) Cf. GOLDMAN, *Cours polycopié préc.*, p. 381.

257. — 1^o Le *domaine* considéré joue un rôle déterminant car, en réalité, on a jusqu'à présent recensé essentiellement deux secteurs du commerce international dans lesquels le contrat se trouve soumis à des normes a-nationales : la vente commerciale internationale et le crédit documentaire (129). La raison en est que dans ces deux secteurs, et pour eux seuls jusqu'à présent, les usages professionnels sont suffisamment bien établis et revêtent un caractère de généralité permettant qu'ils soient observés.

Il n'est pas de notre propos de recenser, ici, quels sont ces usages auxquels des ouvrages entiers ont été consacrés. Nous indiquerons simplement et rapidement quelles en sont les sources.

258. — Les usages régissant la *vente commerciale internationale* sont évidemment multiples selon le commerce considéré (130). Ils ont pour source essentielle les contrats-types que mettent au point des associations professionnelles telles que — pour le commerce du blé — la très importante *London Corn Trade Association* (131).

Il faut également signaler la contribution fondamentale qu'a apportée à ce développement la Chambre de commerce internationale en établissant, en 1953, des *Incoterms* (132). Les contrats contiennent en effet des clauses abrégées, telles les clauses *F.O.B.* ou *C.A.F.* qui demandent à être uniformément interprétées. Pour éviter des divergences de compréhension, accroître ainsi la rapidité et la sécurité des transactions, la Chambre de commerce internationale, s'est, dès sa création, en 1920, et à partir de la clause *F.O.B.*, engagée sur la voie qui devait l'amener, après un vote unanime au Congrès de Vienne de 1953, à une « standardisation très poussée, très proche de l'interprétation uniforme généralisée » (133) de ces termes. Cette généralité d'interprétation revêt tout son sens lorsqu'on sait qu'au-delà de problèmes de terminologie, de désignation d'un type de vente, les *Incoterms* font référence à des contrats-types applicables comme tels à chaque contrat individuel.

(129) On excepte ici la production internationale, et notamment les contrats pétroliers (cf. *infra*, n^{os} 264 et s.), contrats auxquels un Etat est partie. Il nous a été indiqué que des tendances analogues avaient également été discernées en matière de contrats de commission de transport : lors de la session tenue à Zagreb en août-septembre 1971 par l'Institut de Droit international, M. Wengler a ainsi mis en évidence, l'importance, en ce domaine, des contrats-types. Voir, cependant, la résolution finalement adoptée « concernant le contrat de commission de transport en droit international privé », du 2 septembre 1971, sur le rapport de M. Babinski (*Revue*, 1971.838 ; *Clunet*, 1972.44).

(130) Cf. P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

(131) Cf. A. KOPELMANAS, « International conventions and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law », in *The sources of the law of international trade*, éd. par Clive M. Schmitthoff, Londres, 1964, p. 118 et s.

(132) *International commercial terms*. Cf. F. EISEMANN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o C.C.I., n^{os} 60 et s. Voir le texte de ces *Incoterms* in LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, Annexe n^o XVIII, p. 980 et s. et P. PADIS, « La vente commerciale internationale par contrats-types et incoterms », *Gaz. Pal.*, 1970.2, Doctr., p. 90.

(133) EISEMANN, *id.*, n^o 66.

259. — On constate, aux différences près résultant de la matière, des faits analogues en matière de *crédit documentaire* (134). Cette matière offrait un terrain plus favorable, s'il est possible, à l'unification : outre que les législations ne réglementaient pas les opérations complexes qui constituent son objet, et sont elles-mêmes issues de la pratique, cette pratique était celle des banques formant, donc, un milieu assez cohérent et fermé pour que s'épanouissent des coutumes particulières.

Il appartenait cependant à la Chambre de commerce internationale de donner son impulsion définitive à la formation de ce qui apparaît aujourd'hui comme une véritable codification internationale de la matière. Entreprise dès 1926, elle rencontra pendant longtemps un succès incertain : adopté en 1929 au Congrès d'Amsterdam, le « Règlement relatif aux crédits documentaires » ne fut suivi qu'en Belgique et en France. Repris et transformé en « Règles et Usances unifiées relatives aux crédits documentaires » elles-mêmes adoptées au Congrès de Vienne de 1933, l'application n'en fut réelle qu'en Europe continentale. La nouvelle rédaction approuvée par le Congrès de Lisbonne en 1951 (135) n'atteignait que les banques de 27 pays.

Cependant la dernière révision des Règles et Usances a été faite en 1962 avec le plus grand succès puisqu'on a pu parler de reconnaissance quasi-universelle, les banques de plus de 130 pays de tous horizons ayant décidé, au 1^{er} janvier 1964, d'en faire usage (136).

Ainsi seuls ces deux secteurs du commerce international sont à présent susceptibles d'offrir un corps de normes capables de satisfaire, en dehors des législations nationales, les besoins de la pratique.

260. — 2^o A l'intérieur même de ces domaines, il ne faudrait cependant pas conclure, de l'existence indéniable de normes professionnelles, à l'inutilité de tout recours aux systèmes juridiques étatiques, à la disparition de tout conflit de lois.

Les normes professionnelles auxquelles nous venons de faire allusion, ne règlent pas en effet *tous les problèmes* susceptibles d'être soulevés par les contrats du commerce international. Elles ne forment pas un ensemble juridique complet mais résolvent telle ou telle question déterminée qui, parce qu'elle a été souvent soulevée et tranchée en pratique, a peu à peu requis une solution généralisée. De même que le contrat individuel ne peut tout prévoir, de même les usages de la profession sont impuissants à résoudre tous les problèmes susceptibles de surgir devant l'arbitre (137).

(134) Cf. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Librairies Techniques, Paris, 1957.

(135) Qui est celui dont M. Stoufflet entreprend l'étude.

(136) Cf. EISEMANN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o C.C.I., n^{os} 76 et s.

(137) Voir en ce sens H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, n^o 578, p. 228.

Les *Incolterms*, par exemple, ne réglementent pas toute la vente internationale, mais la standardisation ne porte que sur certains points, dont les principaux sont la délivrance des marchandises, le transfert des risques et le partage des frais entre les parties (138).

261. — D'un point de vue plus particulier, ces normes professionnelles n'intervenant que pour ce qui forme la substance des contrats, détermination des obligations, exécution, conséquences de l'inexécution, éventuellement mais pas toujours, sont impuissantes à éliminer l'application des lois nationales pour ce qui fait l'objet des rattachements concurrents, tels que la capacité des parties par exemple.

Ainsi, même dans le cadre du crédit documentaire, qui constitue, selon les propres termes de M. Stoufflet « un terrain favorable [plus que tout autre] à l'application de la conception d'un contrat régi par une coutume juridique internationale et indépendant de tout droit national », « il est aisé de se rendre compte que l'élimination de tout rattachement à un droit étatique n'est pratiquement pas possible » (139).

262. — A supposer même que ces normes parviennent un jour à former un ensemble complet analogue à un vaste code international des obligations, les Etats imposeront toujours le respect de certaines règles impératives dont il paraît actuellement impossible aux arbitres comme aux parties de s'affranchir. Il en est ainsi de toutes les règles relatives aux questions monétaires, aux relations de travail par exemple, des lois de police qui, nous le savons font l'objet de rattachements distincts au droit de chaque Etat. Or dans l'état actuel des choses, qui ne paraît pas près d'évoluer, il paraît impossible même à l'amiable compositeur de les ignorer : le respect de l'ordre public s'impose à lui comme à tout arbitre et sous ce biais sa décision pourra être censurée, même si un contrôle de la loi appliquée n'intervient pas. Il s'ensuit que, pour respecter ces normes impératives, « l'arbitre doit avoir une directive pour savoir à quelle législation il doit emprunter ces dispositions ». Il devra donc forcément faire du conflit de lois : « à défaut de cette directive l'arbitre sera tenté de vouloir respecter celle de toutes les législations concernées par l'affaire, ce qui revient à le lier non pas moins mais plus que n'importe quel juge étatique... » (140).

(138) Cf. EISEMANN, *préc.*, n° 70 et s.

(139) *Op. cit.*, p. 112. De même, dans le domaine des contrats de commission de transport, malgré l'existence de contrats-types (cf. *supra*, n° 257, note 129), l'adoption par l'Institut de Droit international d'une résolution relative au « contrat de commission de transport en droit international privé » s'est trouvée justifiée par la constatation liminaire que « les conflits de lois en la matière demeurent et demeureront longtemps fréquents et qu'ils appellent des solutions » (Résolution du 2 sept. 1971 ; Rapporteur M. L. BABINSKI, *Revue*, 1971, p. 838 ; *Clunet*, 1972, p. 44).

(140) MEZGER, *Revue*, 1970, p. 174.

Nous emprunterons ces paroles à M. L. Kopelmanas : il y a, en fait, des domaines qui, dans les divers pays, sont réservés à des règles de droit auxquelles les parties à un contrat commercial international ne peuvent échapper, et qui les empêchent de façonner librement leur propre loi gouvernant leurs droits et obligations... Donnant en exemples, que nous ajouterons aux nôtres, la législation de la concurrence, les autorisations d'exportation ou d'importation de marchandises, il conclut qu'il est évident que, dans ces domaines qui touchent aux bases mêmes de la politique économique internationale des différents pays, il ne peut être question de laisser le champ libre à la volonté des parties, ce qui signifie que toute standardisation du droit international de ces matières ne peut être menée à bien qu'au moyen de l'unification législative par la voie de conventions intergouvernementales (141).

263. — Le caractère incomplet de la *lex mercatoria* comme son impuissance à s'emparer de certains domaines réservés au pouvoir législatif étatique expliquent donc que le conflit de lois ne soit nullement exclu des litiges relatifs aux contrats du commerce international, fussent-ils portés devant un arbitre international.

Ce qui paraît aux uns une « allergie assez prononcée dans l'arbitrage commercial international à l'égard de l'utilisation pure et simple, ou en tout cas, exclusive du système traditionnel de règlement des conflits » (142) est donc en fait un moyen de dépasser le conflit de lois en faisant appel, soit aux termes du contrat, soit aux usages internationaux. Mais ceci ne saurait se produire que dans

(141) « There are, in fact, domains which in the various countries are reserved to legal rules from which the parties to an international commercial transaction cannot escape and which prevent them from freely forming their own law governing their rights and duties... » et plus loin : « It is obvious that in these domains which concern the very basis of the international economic policy of the different countries, there can be no question of leaving the field open to the will of the parties, which means that any standardisation of international law in these matters can be carried out only by means of legislative unification by way of intergovernmental conventions » (*International conventions and standards contracts as means of escaping from the application of municipal law*, préc., p. 121). Cf. H. BATIFFOL, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o Contrats et conventions, n^{os} 18 et s. — Voir également la critique de M. WENGLER, « Immunité législative des contrats multinationaux », *Revue*, 1971.637, not. p. 655, note 1, qui doute au reste que « les règles qui se forment par usage dans une branche commerciale constituent un « ensemble cohérent » qui puisse évincer entièrement les législations nationales... », et soutient que « généralement, les usages du commerce consistent seulement en règles supplétives aux termes du contrat ».

Ce caractère supplétif paraît bien avoir été consacré par la jurisprudence de la Commission arbitrale soviétique pour le Commerce extérieur, pour qui la coutume commerciale internationale n'entre en ligne de compte qu'en tant que désignée par les parties (voir la sentence n^o 91/1966, *Sté Romulus Films Ltd c. Sovexportfilm*, *Revue*, 1971.470, note P. Francescakis, not. p. 483).

(142) B. GOLDMAN, « Règles de conflit, règle d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 122.

la mesure où ces normes, individuelles ou collectives, suffisent (143) à fournir la solution des litiges.

Elles sont loin de pouvoir suffire. Dès lors la nécessité d'un rattachement du contrat à une loi étatique réapparaît car elle n'a cessé d'être, comme l'admettent les droits positifs, sous jacente. Aussi les sentences nous paraissent-elles particulièrement bien fondées lorsqu'elles appellent les usages du commerce à compléter l'application d'un droit positif étatique qu'elles prennent soin de déterminer selon des règles dont nous admettons, par ailleurs, la liberté, le tribunal arbitral ne nous paraissant lié — dans les litiges mettant en question des intérêts du commerce international — par aucune règle de conflit du for.

§ 2. — Contrats internationaux auxquels un Etat souverain est partie

264. — « On assiste depuis quelque temps — professait naguère M. P. Weil (144) — à des tentatives répétées d'arracher les relations contractuelles entre Etats et ressortissants étrangers à l'attraction de l'ordre juridique national de l'Etat contractant afin de les placer, en quelque sorte, dans l'orbite du droit international public ou, à tout le moins, dans celle d'un ordre juridique *sui generis* qui serait plus proche de l'ordre international que des systèmes juridiques nationaux ».

Ces relations contractuelles, « *State contracts* », dans lesquelles l'Etat se dépouille partiellement de sa souveraineté pour nouer des liens avec des particuliers sont sans doute assez anciennes, mais elles croissent en nombre et en importance, particulièrement dans le domaine de la production internationale. Affectant divers secteurs de la vie économique, elles revêtent des formes variées : il s'agit principalement d'emprunts, de marchés de fournitures ou d'investissements, parmi lesquels les « accords de développement économique » occupent une place privilégiée (145).

265. — Ces contrats ont subi une évolution quant au régime juridique qui leur est applicable. Si les contrats les plus anciens,

(143) Réserve faite par M. GOLDMAN lui-même dans son cours de La Haye, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil*, n° 109, 1963, III, *in fine*.

(144) Cf. « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n° 128, 1969, III, p. 101 et s.

(145) Les « accords de développement économique » ou *economic development agreements* ont pu être définis comme « les conventions par lesquelles des sociétés étrangères s'engagent à faire certains investissements utiles au développement économique du pays, tout en se faisant reconnaître des garanties et des privilèges pour s'assurer un rendement satisfaisant de l'entreprise » par la sentence *Sté d'Electricité d'Athènes, du Pirée et autres c. Etat Hellénique*, du 7 juill. 1966, sentence non publiée, citée par M. P. WEIL, *Cours préc.*, p. 110.

datant du XIX^e siècle, ne contiennent en général aucune précision sur le droit applicable, une progression s'est faite dans le sens de la soumission de ces rapports contractuels à la loi de l'Etat contractant. Deux considérations synthétisent la « théorie classique » en la matière :

a) Les relations entre l'Etat et son cocontractant sont exclusivement placées sur un *terrain contractuel* et sont regardées comme intéressant le seul droit interne qu'il appartiendra au droit international privé de déterminer. La compétence des juridictions nationales s'affirme parallèlement.

b) La *loi de l'Etat contractant* est en principe applicable. Il suffit ici de rappeler cet extrait des décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale du 12 juillet 1929, venant en suite de l'affirmation que tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale : « Un Etat souverain... ne peut être présumé avoir « soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements « pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre ». La Cour relève toutefois que l'Etat pourrait s'en remettre à une loi autre que la sienne : mais la preuve devra en être apportée (146).

Niboyet approuvait cette probabilité « presque toujours conforme aux faits », destinée à fournir une directive suffisamment ferme (147). Celle-ci correspond à une tendance controversée, qui s'est parfois exprimée en France dans une jurisprudence présumant dans le fait de contracter avec un Etat la soumission aux lois de cet Etat (148). La Cour de cassation française a cependant finalement jugé qu'aucune présomption ne devait être attachée à de telles circonstances, s'agissant de contrats de droit privé assimilables à ceux des particuliers (149).

Le problème rejaillit à propos, par exemple, des accords d'investissements qui ne peuvent en aucun cas être purement et simplement assimilés à des conventions analogues à celles qui peuvent lier entre eux deux particuliers. Aussi une sentence telle que celle rendue dans l'affaire de l'*Aramco* (150), après avoir énoncé et justifié « qu'un contrat quelconque ne peut exister *in vacuo* mais doit « reposer sur un droit », développe-t-elle que « la convention de 1933 « n'ayant pas été conclue entre deux Etats, mais entre un Etat et « une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit inter-

(146) Arrêts précités dits des *Emprunts Serbes et Brésiliens*, *Revue*, 1929.427. *A contrario*, quand l'Etat contracte avec un autre Etat « en tant que sujets du droit international », c'est le droit international public qui s'applique : sentence du président Cassin dans l'affaire des *Cargaisons déroutées*, *Gouvernement britannique c. Gouvernement grec*, 10 juin 1955, *Revue*, 1956.278, note Batiffol.

(147) *Revue*, 1929, p. 983.

(148) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 585, et les indications de droit comparé.

(149) Cass. civ., 31 mai 1932, D.P., 1933.1.169.

(150) Le 23 août 1958, *Revue*, 1963.272. Voir spéc. p. 312-313, et H. BATIFFOL, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Revue*, 1964, p. 647 et s.

« national public », faisant ainsi directement écho à la Cour Permanente de Justice Internationale dont elle reproduit les motifs que nous avons antérieurement rappelés.

266. — Contre cet état — classique — des choses, se manifeste une certaine volonté, de la part des praticiens, des arbitres ou même des Etats, de « délocaliser » (151) le *State Contract* en vue de le soumettre à des principes juridiques originaux. Cette délocalisation est envisagée tant sur le plan procédural (choix d'un arbitrage « neutre »), que sur le plan matériel du droit applicable, les deux aspects étant indissociables (152). A quel problème ces tendances répondent-elles ? Dans quelle mesure, dans quelles limites ont-elles été couronnées de succès ?

A. — POSITION DU PROBLÈME.

267. — 1° *Les motifs de la « délocalisation » du contrat.* — Si les parties au contrat, Etat et cocontractant étranger, trouvent un égal intérêt à faire de leurs rapports des rapports contractuels en organisant ceux-ci de manière toujours plus minutieuse, ce sont les cocontractants de l'Etat qui cherchent à « délocaliser » le contrat, afin d'éviter tant les aléas de l'application du droit de l'Etat hôte que la justice de ce dernier, dont les prétentions sont, bien évidemment, inverses.

Si l'on met à part la défiance qui, sur le plan procédural, s'attache à la justice locale de l'Etat partenaire pour ne s'attacher qu'au problème de droit matériel régissant le contrat, les motifs conduisant les hommes d'affaires, spécialement les investisseurs, à repousser l'application du droit de l'Etat contractant sont essentiellement au nombre de deux.

268. — Le premier motif, soit la *variabilité ad nutum du droit de l'Etat*, se comprend aisément et pose, en ce domaine, un problème des plus aigus. Les investisseurs, cherchant à se garantir contre tout aléa, ne sont guère désireux de voir leur souverain cocontractant modifier, à son gré, le droit applicable au contrat, toujours dans le sens qui lui est le plus favorable. Outre qu'une telle possibilité est contraire aux nécessités de stabilité des relations contractuelles, elle permet à l'Etat de bouleverser l'économie du contrat, de réaliser une expropriation « insidieuse » (traduction approximative des termes consacrés : « *creeping expropriation* ») par l'aggravation des charges fiscales, sociales, etc... excessive, à la limite de rompre le contrat en le déclarant, législativement, ... nul.

(151) L'expression est de M. WEIL, *op. cit.*

(152) Cf. A. TOUBIANA, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Contrat administratif*, nos 9 et s.

Certes, les particuliers parviennent-ils parfois à arracher à l'Etat une clause de stabilisation destinée à cristalliser le droit en ce qui concerne le contrat considéré. Cependant, outre que la validité de ces clauses est très discutée et qu'elles demeurent finalement, comme il en va de toute clause du contrat, à la merci de l'Etat, elles ne résolvent pas le problème sur un plan général.

Or, aux prétentions des cocontractants privés s'opposent l'intérêt légitime et les prérogatives de l'Etat souverain : celui-ci peut-il exclure, ou convenir d'exclure, toute modification de sa législation pour une durée qui, notamment en matière de contrats d'investissements et d'accords de développement économique, peut aller jusqu'à vingt-cinq ans, durée du contrat, et jamais au-dessous de dix ans ? A ce dilemme, les théories proposées n'ont pu apporter de solutions satisfaisantes en raison de leur caractère trop absolu, les uns soutenant la *sanctity of contracts*, ou leur intangibilité sans réserve, et s'opposant ainsi aux autres, défenseurs de la thèse de la mutabilité essentielle du contrat (153). Le mécanisme classique de la protection diplomatique, faut-il l'ajouter, est à cet égard quasiment impuissant à réparer le dommage subi par le cocontractant de l'Etat : outre que son caractère discrétionnaire le subordonne à des considérations d'opportunité politique, il est généralement soutenu que la violation, par l'Etat, du contrat n'engage pas par elle-même la responsabilité de cet Etat, celui-ci n'étant pas tenu, par une règle de droit international, au respect des contrats qu'il conclut avec des particuliers.

269 — Un second motif s'ajoute à ce premier et met en valeur le caractère souvent inadapté du droit interne de l'Etat cocontractant, s'agissant d'opérations complexes, d'une part, de pays souvent en voie de développement, pays auxquels manquent une structure et une culture juridiques suffisantes, d'autre part. Certaines sentences, telles que celle de Lord Asquith of Bishopstone dans l'affaire *Petroleum Development Ltd c. Cheikh d'Abu Dhabi* (154) ou celle de Sauser-Hall dans l'affaire *Aramco* (155) ont ainsi mis en évidence, dans les problèmes de production pétrolière, les insuffisances d'un droit local fondé sur les préceptes du Coran. Combien de pays, parmi ceux qui sont dits développés, sont-ils au reste dotés d'une législation en matière d'investissements (156) ?

(153) Sur ces théories, et leur discussion, cf. P. WEIL, *op. cit.*, p. 208 et s.

(154) 28 août 1951, *Intern. and Comparative Law Quarterly, Review*, 1952.247 ; *Revue*, 1956.302, note Batiffol.

(155) *Préc.*, *Revue*, 1963.272.

(156) Seuls, pratiquement, les pays francophones d'Afrique possèdent des « Codes d'investissements » : voir P. KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965.338, et LOYRETTE, « Les Codes d'investissements », *Rec. Penant*, 1963.139. L'Algérie s'est également dotée de deux codes d'investissements en 1963 et 1966 : voir la Communication de M. J. M. Verdier au Comité français de Droit international privé le 20 janvier 1967, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 35 et s., spéc. p. 56-57.

La sentence *Sapphire* de 1958 (157) résume excellemment la situation : mettant en exergue l'aide apportée par la société d'investissement à l'Etat, les responsabilités et les risques assumés par elle, elle pose qu'il « apparaît dès lors normal qu'elle soit protégée contre « des modifications législatives susceptibles de modifier l'économie « du contrat et qu'une certaine sécurité juridique lui soit assurée, « ce que ne pourrait lui garantir l'application pure et simple du droit « iranien, qu'il est au pouvoir de l'Etat iranien de modifier... » et, plus loin : « Il est de l'intérêt des deux parties à de tels accords que les « litiges pouvant les diviser soient soustraits aux particularités des « droits nationaux, le plus souvent incapables à donner une solution s'agissant du droit de l'Etat où le contrat s'exécute, toujours sujets à des « modifications de la part de cet Etat, et souvent ignorés ou mal « connus de l'un des contractants ».

Il convient donc de « délocaliser » le contrat ; mais par quoi remplacera-t-on le droit, évincé, de l'Etat partie au contrat ?

270. — 2^o Conséquences de la « délocalisation » des rapports contractuels. — De l'immense littérature consacrée à ces problèmes se dégagent trois théories essentielles concernant les normes appelées à régir les « *State contracts* ».

a) La première de ces théories, à vrai dire, soustrait le contrat à toute norme plutôt qu'elle ne comble le vide creusé par l'éviction, souhaitée, du droit interne de l'Etat contractant : c'est, selon elle, en effet, la *lex contractus* — le contrat se suffisant à lui-même — qui crée l'ordre juridique destiné à régir les relations entre les parties. Cette théorie est véritablement la seule forme sous laquelle ait été prônée une formule de « contrat sans loi », celle-ci n'ayant pas, dans les relations privées, recueilli de nombreux suffrages.

L'idée de *lex contractus*, soutenue par MM. Bourquin (158) et Verdross (159) n'est pas exclusive, selon ces auteurs, confrontés aux problèmes des lacunes du contrat, d'un appel à d'autres principes juridiques (droit national ou international, principe de bonne foi, etc...) qui n'interviennent cependant que parce que « délégués par la *lex contractus* ».

Une telle théorie appelle toutes les critiques qui, plus ou moins violentes, de la part d'auteurs (160) ou d'arbitres (161) ont été adressées au contrat sans loi. Elle conduit à donner aux parties un pouvoir sans borne, aux arbitres une latitude incontrôlable.

b) Aussi les deux autres théories que nous avons retenues sou-

(157) *Annuaire Suisse de Droit international*, 1962.273, rapportée par Lalive.

(158) « Arbitration and Economic Development Agreements », *The Business Lawyer*, 1960, p. 860.

(159) « Protection of Private Property under quasi-international Agreements » *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, p. 355.

(160) Comme M. BATIFFOL.

(161) Comme M. SAUSER-HALL dans la sentence *Aramco*.

mettent-elles le contrat à des normes juridiques extérieures et qui lui préexistent. Certains auteurs ont, ainsi, évoqué la formation d'un droit « *transnational* », ordre juridique intermédiaire et mixte axé sur la notion de principes généraux et distinct tant des ordres internes que de l'ordre international (162). De cette thèse, on a pu stigmatiser l'absence de précision et son essence qui est de « sacrifier au nominalisme sans progresser le moins du monde » (163).

c) Réfutant l'une et l'autre de ces deux précédentes positions, M. P. Weil a soutenu la thèse de l'internationalisation — dans un sens de soumission au droit international — du contrat délocalisé, se retournant ainsi vers la « traditionnelle dichotomie entre droit national et droit international » pour en choisir le second terme (164).

271. — M. Weil n'ignore certes pas les obstacles qui s'opposent à cette proposition. Tout d'abord le cocontractant de l'Etat n'est pas sujet du droit international. Mais ne peut-on dire qu'en traitant avec lui, l'Etat le reconnaît déjà comme tel ?

Par ailleurs, le droit international serait inadapté à la solution de ces problèmes, ses normes étant insuffisantes. Ici se trouve la partie la plus constructive de la thèse de M. Weil qui, soulignant l'évolution actuelle du droit international et son caractère souple, adaptable aux réalités nouvelles, montre comment peut se former ce « droit international des contrats » à partir de principes essentiels au droit international général (165) mais adaptés aux problèmes propres aux contrats internationaux. Si ces principes doivent fournir la source première de ce droit international des contrats, M. Weil prévoit également d'enrichissants emprunts aux systèmes nationaux et particulièrement au droit public des contrats, où la théorie française des contrats administratifs occupe une place de choix (166) (167).

A suivre cet auteur, la délocalisation du contrat devrait donc s'accompagner d'une internationalisation véritable de celui-ci. La pratique consacre-t-elle, et dans quelle mesure, ces solutions ?

(162) Cf., en ce sens, les travaux de MM. O'CONNEL, *International Law*, II, p. 10, 63 ; LALIVE, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », préc., *Annuaire suisse de Droit international*, 1962, p. 301, et surtout de JESSUP, *Transnational Law*, préc.

(163) Critique de M. WEIL, *op. cit.*, p. 184.

(164) *Op. cit.*, p. 181 et s.

(165) Tels que *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*...

(166) Voir de M. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Etudes et Documents*, 1970 publié par le Conseil d'Etat, 1971, fasc., n° 23, p. 13 et s.

(167) De ce que pourrait être une solution de ce droit international des contrats M. Weil donne une application particulière, sur le problème tant débattu de la force obligatoire, vis-à-vis de l'Etat, du contrat, dont la solution, inspirée du droit administratif français, vise à respecter tant l'intangibilité de l'économie du contrat que les intérêts supérieurs de l'Etat, voir son Cours de La Haye, cité, p. 215, et *infra*, n° 280.

B. — CONSÉCRATIONS DE LA PRATIQUE.

272. — De la pratique, c'est-à-dire essentiellement les contrats, les sentences arbitrales et les conventions internationales, on peut, semble-t-il, relever trois directives :

a) Si la tendance à la délocalisation semble acquise, de façon générale, il s'en faut de beaucoup que le contrat soit nettement internationalisé.

b) Il ne s'agit de toute manière que d'une tendance, et nombre de contrats se trouvent encore rattachés à la loi d'un Etat. On constate ici à la fois des mouvements de progrès dans certains domaines, secteurs « en pointe » tel celui des accords de développement économique, et d'indéniables reculs, dans la politique de certains gouvernements notamment.

c) Enfin, ces tendances connaissent actuellement des limites naturelles, l'internationalisation « ne couvrant jamais l'intégralité des rapports nés d'un contrat déterminé » (168), mais se heurtant là encore au droit administratif, social, monétaire ou des changes qui échappent ordinairement au domaine de l'accord des volontés (169).

Quelques exemples tirés de contrats et de sentences illustreront ces directives, tandis que la très importante convention, signée sous les auspices de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D.) du 18 mars 1965, relative au « Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » (170) sera étudiée séparément : nous verrons alors dans quelle mesure elle confirme ces exemples.

1° *Pratique contractuelle et arbitrale.*

273. — Selon les termes mêmes de M. Weil (171) si « le phénomène du glissement des relations contractuelles hors de l'ordre national est aujourd'hui un fait acquis ... certaines difficultés freinent le rattachement pur et simple des relations *inter partes* à l'ordre juridique international ».

Les clauses des contrats internationaux comme les motifs des sentences sont à cet égard significatifs.

(168) WEIL, *id.*, p. 187. — Voir également W. WENGLER, *Immunité législative des contrats multinationaux*, préc., p. 659 (« Contrats entre Etats et entreprises privées étrangères et immunité législative des contrats multinationaux »).

(169) Cf. B. GOLDMAN, « Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965 » in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Centre de Recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux de la Faculté de Dijon, Paris, 1969, p. 155, qui voit justement dans ces limites ôtant aux parties la faculté de les soustraire à la loi « territoriale » un « principe du droit international dont le tribunal arbitral devra tenir compte ».

(170) Texte de la convention, *Revue*, 1968, p. 128.

(171) *Cours* préc., p. 148.

Certains contrats semblent s'affranchir nettement de la loi étatique, donnant pour directive à l'arbitre de statuer sans être limité par aucune « règle de droit spécifique », mais en se fondant « sur des considérations d'équité et sur les principes de droit généralement reconnus, en particulier le droit international » (172). La référence au droit international est parfois encore plus nette, ainsi lorsque le contrat renvoie aux principes contenus à l'article 38 des statuts de la Cour Internationale de Justice (173).

Cependant, un tel renvoi explicite est rare, et les références les plus courantes sont faites aux principes de « bonne foi », « raison », « équité » ou encore « principes généraux du droit » ... parfois en combinaison avec les règles du droit national. Typique est cette clause figurant dans l'accord passé entre l'I.N.O.C. (174) et l'E.R.A.P. en 1968 : « Le tribunal arbitral se prononcera sur le litige en équité et conformément aux principes juridiques généralement reconnus » (175). Aussi ces contrats sont-ils, de manière générale, très imprécis, cette incertitude donnant à l'arbitre une liberté d'autant plus grande dont il convient de voir, à présent, comment il en use.

274. — La jurisprudence arbitrale est assez peu développée et l'on recense une dizaine de sentences. M. Weil l'a résumée et synthétisée dans les trois traits suivants (176) : les sentences ne résolvent pas toujours le problème et l'on ne sait pas, de certaines, à quel ordre juridique elles se sont référées (177) ; « dans la mesure où elles évoquent le problème du droit applicable, elles [les sentences] se bornent souvent à des qualifications imprécises autorisant les interprétations les plus diverses » ; quand elles se réfèrent au droit international, elles ne le font pas en des termes hors de discussion (178).

La sentence rendue dans l'affaire de l'*Aramco* est symptomatique de cet état d'imprécision puisque — en quatorze pages consacrées

(172) Contrat entre l'E.R.A.P. et la N.I.O.C., Compagnie iranienne des pétroles de 1966, cité par B. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, Cours photocopié, 1970-71, p. 432.

(173) Exemple de la concession accordée, en 1933, par la Perse à l'Anglo-Persian Oil Cie.

(174) Compagnie nationale irakienne des pétroles.

(175) De semblables clauses figurent notamment dans les contrats ayant donné lieu à de célèbres sentences, passés entre l'U.R.S.S. et la Lena Goldfields en 1930, entre le Cheikh d'Abu Dhabi et la Petroleum Development Ltd en 1939...

(176) *Cours préc.*, p. 164 et s.

(177) Ainsi, la « sentence » de MM. Ripert et Panchaud où l'on a vu — B. GOLDMAN, *Clunet*, 1959.1074 — une règle de droit international être dégagée. Mais aucune référence à un ordre juridique quelconque ne s'en dégage (« sentence » du 2 juill. 1956 entre la S.E.E.E. et la République de Yougoslavie).

(178) Voir notamment la sentence *Sapphire*, précitée, se référant expressément au droit international et plus précisément au principe *pacta sunt servanda* et à une notion internationale de la force majeure, tout en faisant appel aux « principes généraux universellement reconnus ».

au droit applicable ! — le tribunal arbitral présidé par M. Sauser-Hall affirme tour à tour que le contrat est une opération « nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques » aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des « cocontractants » (179), que la convention ne relève pas du droit international public, les principes du droit international privé étant à consulter pour déterminer la loi applicable, que le contrat a un caractère international (180), qu'en application du choix des parties, le droit est celui de l'Arabie Saoudite (181), mais que « ce droit doit au besoin être interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie du pétrole » et les données de la science juridique pure, notamment quand « certains droits privés qui doivent être reconnus au concessionnaire... ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur dans l'Arabie Saoudite » (182).

Finalement, le tribunal arbitral procède à un morcellement du contrat entre les questions de droit privé (soumises au droit saoudien), les questions d'effets internationaux de la concession, tels que vente et transport du pétrole (soumises aux usages du droit maritime et du commerce international du pétrole) (183) et matières ne relevant du droit interne d'aucun Etat, tel le transport en haute mer (soumises au droit international public) (184).

275. — De tels accords ou sentences se situent cependant encore de préférence dans certains secteurs avancés qui, faisant appel à des techniques nouvelles, appellent ou favorisent des procédés juridiques nouveaux. C'est le cas, très particulier, des accords pétroliers ou, encore, des accords de développement économique.

Ceci ne saurait faire oublier que, même en ces domaines privilégiés, une grande majorité de contrats demeurent soumis à l'application pure et simple de la loi nationale (185) : un récent sondage effectué sur 80 contrats internationaux a démontré que plus de la moitié de ces contrats se référaient à une telle loi qui était normalement la loi de l'Etat cocontractant (186) (187).

(179) Rejet du contrat *in vacuo* et considérations l'appuyant, p. 312 du texte à la *Revue* 1963 qui servira désormais de référence.

(180) *Id.*, p. 313.

(181) *Id.*, p. 314.

(182) *Id.*, p. 316.

(183) *Revue*, 1963, p. 317.

(184) *Id.*, p. 318.

(185) Cf. B. GOLDMAN, Cours polycopié préc., p. 432.

(186) Sondage dont fait état M. WEIL, *op. cit.*, p. 159.

(187) Nous avons nous-même, lors de notre dépouillement de sentences C.C.I., trouvé une récente (1971) sentence constatant que l'accord, portant sur des services, passé entre l'Etat français et un industriel étranger était, malgré la localisation des principaux éléments de ce contrat dans le pays de cet industriel, soumis, en conformité de la volonté des parties, au droit français.

Il arrive cependant que le contrat soit soumis à la loi de l'investisseur étranger ou, encore, à une loi tierce, neutre. Ainsi, une sentence rendue en 1970, devant

Il reste que, parfois, le cocontractant privé parvient à se garantir contre les aléas que représente pour lui l'application de cette législation, en obtenant de son partenaire une clause de stabilisation qui, en quelque sorte, fige ou cristallise, selon les expressions consacrées, la loi applicable en son état au moment de la conclusion du contrat, pour tout ce qui concerne l'exécution de cet accord (188).

276. — La « délocalisation » et l'internationalisation des contrats ne sont donc que des tendances à l'égard desquelles, de plus en plus, se produit actuellement un recul manifeste dans l'attitude de certains gouvernements : on a pu noter, alors que ces mouvements d'internationalisation étaient naguère surtout sensibles dans les contrats passés par les pays sous-développés, un véritable renversement des tendances. Peut-être ces pays ont-ils mis fin à cette époque où leurs partenaires privés étaient plus puissants qu'eux et aptes à leur dicter leurs conditions : « ainsi, non sans quelque paradoxe, les juristes du tiers monde retrouvent-ils les positions de la doctrine occidentale la plus classique, insufflant de la sorte une nouvelle jeunesse au *dictum* quelque peu dépassé des *Emprunts Serbes* » (189).

Particulièrement topiques sont à cet égard les assez récentes mesures prises dans divers pays refusant désormais le recours à l'arbitrage — et l'on sait que la délocalisation procédurale qu'il réalise est indissolublement liée à la délocalisation matérielle —, ainsi en Arabie Saoudite, en 1963, en Ethiopie, en 1967 (190). De même certains contrats conclus, ces dernières années, avec des compagnies pétrolières ou encore le Code Pétrolier Saharien de 1958 stipulent la compétence des juridictions nationales.

277. — Enfin, comme il a été déjà indiqué, l'internationalisation du contrat, à la supposer acquise, ne saurait être totale, « certains aspects des relations contractuelles demeurant, en tout état de cause, soumis au droit national de l'Etat contractant », car c'est sur son territoire que s'exécutera en majeure partie le contrat (191).

La sentence *Aramco* a fourni un exemple de telles limites, en morcelant les éléments du contrat et de ses suites entre divers

le silence observé par le contrat de fournitures passé entre la République d'Indonésie et une société européenne, et en présence de l'affirmation, par les parties, que ce contrat était soumis à la loi du pays de cette société, constate que « un « ensemble d'éléments, tous concordants, fait apparaître que le centre de gravité « du contrat [y] était incontestablement situé ».

(188) Un exemple d'une telle clause est donné par M. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 423. Nous retrouverons cette technique à propos des sociétés internationales (*infra*, n° 346) et le problème posé en termes généraux (*infra*, n° 330).

(189) WEIL, *op. cit.*, p. 118.

(190) Cf. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 426.

(191) M. Weil en donne pour exemple les relations avec le personnel et le statut de ce dernier, les formalités douanières, les prescriptions de police... à la page 188 de son cours.

« ordres juridiques ». Un semblable partage est réalisé par la sentence, inédite, rendue le 7 juillet 1966 dans l'affaire opposant la Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée à l'Etat hellénique (192).

2° *La convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965.*

278. — Convention « essentiellement procédurale », destinée à offrir aux Etats, dans la résolution de leurs différends de nature juridique avec des ressortissants étrangers, en matière d'investissements, une liberté en même temps qu'une commodité de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage (193) « plus populaire dans les Facultés et chez les praticiens que dans les chancelleries » (194) — cette convention contient un *article 42* relatif au droit applicable par le tribunal, dans le cadre de la procédure d'arbitrage, qui nous intéresse ici (195).

Ce texte est ainsi conçu :

Art. 42-1° : « Le tribunal statue sur le différend conformément aux *règles de droit adoptées par les parties*. A défaut d'accord entre les parties, le tribunal applique le *droit de l'Etat contractant* partie au différend, y compris les règles relatives aux conflits de lois, ainsi que les principes de droit international en la matière »,

Art. 42-2° : « Le tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit »,

Art. 42-3° : « Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* » (196).

Ainsi qu'on l'a remarqué, si cette convention multilatérale, dont le besoin se faisait sentir, organise un arbitrage parfaitement détaché de tout ordre juridique national, sur le plan procédural, « ce détachement ne signifie pas que l'arbitrage organisé par la convention ne soit pas un arbitrage de droit » (197). Les normes

(192) Citée par M. P. WEIL, *Cours préc.*, p. 169.

(193) Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et était, au 31 mars 1967, ratifiée par 30 Etats, dont les U.S.A., l'Islande, les Pays-Bas, la Suède et la Yougoslavie, ainsi qu'un certain nombre d'Etats africains et asiatiques. Elle a été signée par la France le 18 déc. 1967. Cf. P. KAHN, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Investissement*, n° 95 et s.

(194) Rapport général de M. REUTER in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, préc., p. 4-5.

(195) Texte auquel nous avons déjà fait allusion, voir *supra*, n° 238.

(196) Voir le texte complet de cette convention à la *Revue*, 1968.128, et les commentaires sous forme de rapports réunis sous le titre *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées* du Centre de recherche de la Faculté de Dijon, Paris, 1969, dont le rapport de M. GOLDMAN, *Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965*, p. 133 et s., suivi d'une discussion. Voir également DELAUME, « La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Clunet*, 1966, p. 26 et s.

(197) B. GOLDMAN, *id.*, p. 139.

selon lesquelles sera conduit cet « arbitrage de droit » sont organisées, en vue de deux hypothèses distinctes, en deux paliers qui soulèvent l'un et l'autre des problèmes.

279. — Avant tout, le tribunal appliquera — consécration du principe d'autonomie — les « règles de droit adoptées par les parties ». L'expression, nous l'avons vu (198) prête à controverse sur le point de savoir à quelles normes de quel ordre juridique peuvent se référer les parties, et dans quelles limites évolue ce choix. Les commentateurs du texte, tels que MM. Goldman (199) et Delaume (200) s'accordent à voir dans la convention la consécration de la tendance la plus moderne, permettant aux parties de choisir le « système » qu'elles jugent le plus adapté, et surtout de se référer à des normes non-étatiques (201).

280. — Dans l'hypothèse où les parties sont demeurées silencieuses, la convention a pris parti en faveur de l'application de la *loi de l'Etat contractant*, selon la solution la plus commune, dont la compétence s'impose au tribunal arbitral. Cette détermination de la loi applicable appelle trois remarques.

En premier lieu, le droit de l'Etat contractant, précise la convention, comporte ses règles de conflit de lois. Il y aura donc possibilité de renvoi à une loi différente, compétente selon les normes de conflit de cet Etat. La solution n'est donc pas systématique qui consiste à considérer, en tout état de cause, la loi de l'Etat partie au différend.

Cette précision est, si l'on peut dire, compensée par une lacune de la convention, lacune relevée et âprement débattue par les auteurs : la loi de l'Etat applicable est-elle celle qui existe au jour de la conclusion du contrat ou bien celle en vigueur au moment où le tribunal se prononce ? En l'absence de clause expresse de stabilisation du droit, la convention permet-elle que l'Etat « puisse impunément modifier sa législation au détriment d'investisseurs étrangers et se décharger en tout ou en partie des obligations contractées envers eux ? » (202). La réponse à cette question réside peut-être dans l'apport véritablement novateur d'une seconde précision fournie, dans ce même *article 42-1°*, par la convention.

En effet, le tribunal appliquera le droit de l'Etat contractant ... « ainsi que les principes de droit international en la matière ». Une telle disposition nécessite quelque commentaire. De façon générale, elle fait intervenir les principes du droit international à la rescousse de la loi nationale de l'Etat, certainement en vue de compléter

(198) Cf. *supra*, n° 238.

(199) *Op. cit.*, p. 145.

(200) *Op. cit.*, p. 47.

(201) Cf. B. GOLDMAN, Cours polycopié 1970-71, *Droit du commerce international*, p. 266.

(202) DELAUME, *op. cit.*, p. 47.

celle-ci ; sera-ce éventuellement pour la corriger ? Il est encore impossible de répondre à cette question dont les éléments de solution ne se dégageront que de la pratique de la convention (203). De plus, n'ayant pas précisé quels étaient ces principes du droit international, et en l'absence de référence expresse à l'article 38 des statuts de la Cour Internationale de Justice, la controverse à laquelle il a été fait allusion (204) risque de rebondir. Enfin, on a voulu voir dans cette disposition la solution au problème de la modification, par l'Etat contractant, de sa législation, les principes de droit international devant permettre aux arbitres de la résoudre dans chaque cas particulier (205).

Mais on ne pourrait sans excès admettre comme un principe du droit international la stabilité de la législation et en déduire l'absence d'effet de toute modification, notamment de la part de l'Etat intéressé à l'investissement (206).

Deux systèmes sont alors avancés, M. Goldman prétendant que l'ordre international pourrait appréhender, par la règle *pacta sunt servanda*, la modification législative quand il apparaîtrait que celle-ci méconnaît ce principe par ses conséquences (207) alors que, plus complet, M. Weil expose une thèse valable *de lege ferenda* mais qu'il estime être déjà en voie de formation, thèse qui se situe à mi-chemin des doctrines extrêmes de mutabilité ou d'intangibilité essentielle du contrat. Ce dernier système a pour base de départ le fait que le respect du contrat ne peut empêcher l'Etat de modifier sa législation, prérogative souveraine. Ce pouvoir serait cependant soumis à des conditions à la fois intrinsèques (seules seraient licites les modifications poursuivant un but d'intérêt général et ne touchant ni aux clauses financières ni à la clause compromissoire) et extrinsèques (ne seraient licites que les modifications s'accompagnant d'une adéquate compensation). A défaut de la réunion de telles conditions, l'Etat commettrait une illicéité susceptible d'engager sa responsabilité internationale (208). M. Weil voit là, on le sait, une influence des principes dégagés, à l'usage interne, par le Conseil d'Etat français.

281. — Cette convention reflète donc bien, au total, l'état des questions et des esquisses de solution qui leur sont apportées. Son intérêt se situe essentiellement sur le plan des procédures qu'elle met en place et qui peuvent se révéler fécondes. Quant aux solutions de fond qu'elle apporte, particulièrement eu égard au droit matériel, il faudra nécessairement attendre que ces institutions

(203) Cf. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 267-268.

(204) Voir *supra*, n°s 270 et s.

(205) Cf., en ce sens, DELAUME, *op. cit.*, p. 47.

(206) Cf., en ce sens, B. GOLDMAN, *Rapport préc.*, p. 153.

(207) Et non en soi, *id.*, p. 153.

(208) P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français », *préc.*, *Etudes et Documents*, 1970, C.E., 1971, p. 24.

aient fonctionné quelque temps pour que se dégagent toutes les précisions nécessaires.

Qu'il s'agisse ainsi du droit commun ou du nouveau droit conventionnel, la « délocalisation » comme l'internationalisation des contrats auxquels sont parties des Etats, si elles connaissent des consécutions, n'en demeurent pas moins limitées. Certaines de ces limites paraissent appelées, au moins dans un avenir prévisible, à demeurer, et ceci tant que les Etats n'auront pas vidé de tout contenu leurs prérogatives.

Nous sommes ainsi amené à conclure que, si des tendances à « l'internationalisation des rapports contractuels » se font jour, le réalisme veut qu'elles ne puissent pleinement s'épanouir hors du domaine abandonné à la liberté, très large sur le plan international, des contractants. Mais en ce domaine même, au cœur de la loi d'autonomie, la soumission de la substance du contrat à une loi étatique paraît demeurer la règle, au moins devant les juridictions étatiques : il reste à s'interroger sur la manière dont s'opère ce rattachement. S'agit-il d'un véritable règlement conflictuel ? Une réponse négative, même partiellement, nous entraînerait, bien évidemment, à enregistrer une nouvelle restriction au champ d'application des règles de conflit.

CHAPITRE II

LE PARTICULARISME DU PROCÉDÉ DE DÉTERMINATION DE LA LOI CONTRACTUELLE

282. — Ce particularisme nous apparaîtra essentiellement, au moins au point de départ, à travers les décisions qui ont formé le système français en la matière. Cependant, l'appel éventuel à des décisions étrangères ou même à des sentences arbitrales « internationales » sera fécond, l'unité des problèmes soulevés donnant tout son intérêt à une méthode de comparaison des solutions.

Le système français de rattachement en matière contractuelle est entré dans son ère moderne avec l'arrêt rendu, dans l'affaire *American Trading Cie*, par la Cour de cassation le 5 décembre 1910. Rompant avec une tradition qui, favorable à la soumission de l'acte à la loi du lieu de sa conclusion, remontait aux glossateurs, la Cour affirmait que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui « concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions « est celle que les parties ont adoptée » (1).

Abandonner directement le choix du droit applicable à la volonté des particuliers, est-ce encore poser une règle de conflit ? Ne doit-on pas y voir une règle d'une autre nature ? Il va de soi qu'en posant cette question même, nous participons à cette « tendance ancienne à regarder les contrats comme hors du domaine des conflits de lois, c'est-à-dire de la désignation d'une loi applicable et ne dépendant que de la volonté des parties » (2).

La *tradition historique* elle-même a encouragé cette tendance, car il est remarquable de constater la pauvreté, la rareté des développements relatifs aux contrats chez tous les auteurs comme dans la jurisprudence de l'ancienne France (3). On peut tenter d'expliquer

(1) *Revue*, 1911.395, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen ; *Clunet*, 1912.1156.

(2) BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., n° 571, p. 213 et n° 570, note 6, p. 210.

(3) Cf. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*. Les développements des anciens auteurs, dans la tradition des glossateurs, sont axés essentiellement

le phénomène par la rareté des espèces qui se présentèrent — et cela est douteux —, mais surtout par le manque d'intérêt que suscita apparemment, chez les héritiers des glossateurs et post-glossateurs, la question. Une fois encore dépositaire de la tradition, de manière assez significative, le Code civil ne contient aucune disposition sur les conflits de lois en matière de contrats. Et cette tendance « à regarder les contrats comme étant hors du domaine des conflits de lois » a reçu, malgré le développement de la jurisprudence et l'abondance de plus en plus considérable de la matière, un nouveau souffle de vie, une première fois à la faveur de la vogue dont bénéficia la doctrine de l'autonomie de la volonté, une seconde et contemporaine fois, grâce aux tentatives de faire échapper le droit des contrats au monopole étatique du droit⁴.

Quoi qu'il en soit de ces courants de pensée, il nous paraît opportun de poser à nouveau — si elle l'a jamais été — la question.

283. — La solution de celle-ci semble actuellement dominée par la controverse doctrinale que soulève l'interprétation du droit positif français, tel qu'il résulte de la jurisprudence. Ce débat oppose les « *objectivistes* », voyant dans le rattachement de tout contrat à une loi étatique une opération de *localisation* de nature à lui faire attribuer les caractères d'un véritable rattachement conflictuel, aux « *subjectivistes* » qui, tendant à considérer la loi choisie comme *incorporée* au contrat des parties, dissolvent toute notion de règle de conflit dans la considération quasi-exclusive de la toute puissante volonté individuelle (4).

Il nous faudra donc, dans un premier temps, résumer le débat qui oppose ces deux thèses, en nous attachant tout particulièrement aux conséquences qui forment la matière de leur opposition (Sect. I).

Cependant, ni l'une ni l'autre de ces positions doctrinales ne nous paraissant refléter l'état actuel du droit positif, nous exposerons ensuite, tentent ainsi d'échapper à cette controverse, comment et pourquoi le « statut contractuel » tel qu'il est actuellement formulé par la jurisprudence nous semble s'exprimer dans un dualisme qui entraîne sa soustraction partielle au règlement des conflits de lois (Sect. II).

sur les délits, les successions. Certains auteurs, tel Froland, ignorent totalement le problème.

(4) Cf. H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, t. I, p. 39 et s.

SECTION I

**L'OPPOSITION DES DOCTRINES :
SUBJECTIVISTES CONTRE OBJECTIVISTES**

284. — Nous bornant à rappeler les présupposés philosophiques et juridiques de l'une et l'autre thèse, ainsi que les conclusions pratiques auxquelles elles aboutissent (§ 1), avant d'entreprendre leur critique (§ 2), nous serons ici assez bref. La critique n'apparaîtra au reste, dans cette première section que sous son aspect négatif : les développements ultérieurs, consacrés à l'exposé de notre propre conception, en constitueront l'aspect positif et constructif.

§ 1. — Exposé des doctrines

285. — L'une et l'autre doctrine tend à donner une solution homogène au règlement du problème des contrats. M. Batiffol les définit ainsi : « Pour les subjectivistes, les parties choisissent la loi applicable comme elles choisissent la teneur de leurs conventions. Ces dernières ne sont donc pas à proprement parler soumises à la loi choisie... ». « Pour les objectivistes, au contraire, la désignation de la loi applicable au contrat doit se concilier avec l'idée qu'un contrat est soumis à une loi » (5). Tout tourne donc autour de la soumission du contrat à une loi, et certains présupposés philosophiques conduisent à l'une ou l'autre conception. Ils sont assez connus pour que nous en écourtions volontairement l'examen.

A. — LES PRÉSUPPOSÉS DE CHAQUE DOCTRINE.

286. — L'opposition se situe à un niveau très élevé puisqu'elle engage la question de l'antériorité, ou de la postériorité, du contrat par rapport à la loi.

a) De façon plus concrète, dans la doctrine subjectiviste, le contrat va apparaître essentiellement comme une relation « interindividuelle » qui sera, ainsi, façonnée au gré de ceux qu'elle intéresse. Le contrat entrant — par définition il est international — en contact avec diverses lois, divers systèmes juridiques, n'est *a priori* concerné par aucun (6). De la consécration, cependant très nette,

(5) *Subjectivisme et objectivisme...*, préc., p. 40.

(6) Cf. BATIFFOL, citant Rabel : il n'y a pas de loi prédestinée à régir le contrat (*op. cit.*, p. 41).

que fait de l'autonomie de volonté l'article 1134 du Code civil, le terme « légalement » est omis, le contrat se suffisant à lui-même et obligeant par sa seule existence. La formule même de l'article 1134 du Code civil est renversée, lorsque le hasard a voulu que les parties se référassent à une disposition législative : c'est la loi qui tient lieu de contrat à ceux qui l'ont élue.

Contrat sans loi et incorporation de la loi au contrat apparaissent donc comme des solutions indissolublement liées, conséquences extrêmes mais logiques du pouvoir ainsi concédé aux contractants.

b) En considérant, au contraire, que tout contrat, fût-il international — et bénéficiant dès lors d'une liberté plus large que celle qui lui est accordée dans l'ordre interne — constitue avant tout un fait social indissociable d'un milieu auquel il ne saurait échapper, non seulement l'idée de contrat sans loi prend des allures de monstruosité juridique, mais encore le rattachement du contrat à la loi apparaît comme résultant d'une opération de localisation. Le contrat ne peut tirer sa force obligatoire que d'une loi (7) sans *l'auctoritas* de laquelle on ne saurait concevoir qu'il ait des effets contraignants, susceptibles d'engager le recours à la force publique, à l'autorité juridictionnelle, donc.

Le contrat, ainsi *soumis* à une loi comme à un joug, sera, afin que soit déterminée cette loi, *objectivement localisé* dans l'espace, comme il en va de tout rapport juridique en vue de son rattachement : « cette analyse entraîne que les parties » (même si elles ont exprimé leur volonté, donc) « localisent seulement leur contrat ; le juge en déduit la loi applicable » (8). Tout rôle n'est donc pas dénié à la volonté des parties, lorsqu'elle existe, puisque « la loi applicable au contrat est déterminée par le juge en raison de la volonté des parties quant à la localisation du contrat ». Ce serait une voie moyenne entre un autoritarisme des solutions de rattachement et la liberté effrénée des parties.

287. — Chaque conception engendre à un premier stade des conséquences différentes, l'une s'attachant à rechercher la volonté des parties, même lorsqu'elle n'est pas exprimée, et refusant toutes présomptions générales auxquelles la seconde, à l'inverse, s'adonne. Mais les résultats pratiques, toujours à ce stade, ne divergent guère (9) : nous avons vu, ainsi, que les systèmes recherchant une volonté même tacite ou hypothétique ne différaient guère, concrètement, de ceux qui repoussent en ce cas toute idée de volonté pour lui préférer la considération d'indices matériels et objectifs (10).

L'opposition des deux conceptions est cependant beaucoup plus

(7) Dans le texte de l'article 1134 du Code civil « les conventions légalement formées... », l'accent est de nouveau reporté sur l'adverbe.

(8) BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n° 573, p. 214-215.

(9) Cf. H. BATIFFOL, *Mélanges Maury*, t. I, préc., p. 43.

(10) Voir *supra*, n° 229.

profonde qu'il ne paraît à première vue et engendre, comme on le devine, des conséquences diamétralement opposées.

B. — CONSÉQUENCES DÉVELOPPÉES.

288. — Sur un plan théorique, il est certain que la conception subjectiviste conduit à l'abandon de toute idée de règlement conflictuel : ou bien la loi apparaît comme subordonnée à la volonté des parties qui en ont fait le choix comme de toute autre disposition conventionnelle, et l'idée d'un règlement conflictuel semble dès lors un luxe inutile ; ou bien toute référence à une loi quelconque disparaît, le contrat étant proprement la création des parties et, ne désignant pas la loi applicable puisqu'il n'y en a pas, la règle de conflit n'est pas appelée à intervenir (11). L'idée de localisation, au contraire, contient, au moins en germe, l'impérativité et la prévisibilité des solutions indispensables à tout règlement de conflit de lois.

289. — Développant leurs conséquences sur un plan pratique, l'une et l'autre théorie vont s'affronter essentiellement sur l'étendue de la liberté qu'il convient de reconnaître aux parties à un contrat international. Outre l'idée, attachée à la première, que le contrat pourrait être détaché de toute loi étatique, idée rejetée — comme nous l'avons vu — par le droit positif (12), les points controversés sont au nombre de trois (13).

a) La première théorie (subjectiviste) admet, et la seconde (objectiviste) exclut, que les parties puissent librement choisir la loi applicable à leur contrat, même en l'absence de tout lien objectif existant entre cette loi et ce contrat.

b) Une conception large de la volonté des parties voyant dans le choix de la loi une disposition conventionnelle comme une autre, conduit ensuite à poser en principe que les parties ont élu cette loi en fonction de sa teneur au moment où elles contractent : seront donc exclues les modifications de cette loi, ainsi que les règles de conflit appartenant au système juridique dont elle fait partie.

L'idée de localisation entraîne, au contraire, l'obligation pour les parties de subir les dispositions législatives nouvelles : ayant localisé leur opération en un lieu, il ne leur appartient pas d'exclure les conséquences, quelles qu'elles soient, de cette localisation. En revanche, le problème de l'admission du renvoi, en raison de ses résonances plus larges, n'est pas forcément résolu par l'affirmative dans

(11) Cf. H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 51, note 18.

(12) Voir *supra*, n^{os} 218 et s.

(13) Selon le recensement de M. BATIFFOL, *Traité*, 5^e éd., t. II, n^o 571, p. 211-212, et « Subjectivisme et objectivisme... », *préc.*, *Mélanges Maury*, t. I, p. 44 et s.

le cadre d'une conception objectiviste, de sorte que l'on a pu nier qu'il existât un lien entre son admission ou son exclusion, d'une part, le choix entre l'une ou l'autre théorie, d'autre part (14).

c) Enfin, la doctrine subjectiviste accorde une dernière liberté aux contractants, celle de se référer dans le même acte à différentes lois, afin d'extraire de chacune d'elles les dispositions qui leur conviennent le mieux, et, grâce à ce « cocktail », d'échapper en réalité à toute disposition prohibitive ou simplement gênante : les lois apparaissent pratiquement dépouillées de leur élément normatif, il devient naturel d'en opérer le dépeçage et de n'en retenir que les éléments qui, par leur teneur, ont l'agrément des parties. Il en résulte, conséquence ultime, que le contrat ne saurait être invalidé par la loi à laquelle les parties se sont référées.

La thèse de la localisation objective, soumettant le contrat à la loi du lieu où il est localisé, entraîne, à l'inverse, la soumission du contrat à l'entier du système juridique applicable, et notamment à ses dispositions impératives. Ce système gouvernant au reste les conditions de formation et de validité de l'acte se réserve naturellement la possibilité d'en édicter l'invalidité.

§ 2. — L'évolution du système français à la lumière de ces doctrines

290. — Cette évolution tendrait, selon les interprètes et particulièrement M. Batiffol, vers un objectivisme des solutions toujours plus grand. Nous allons voir en effet que certaines formules énoncées dans des arrêts qui purent être invoqués par les tenants d'une théorie de l'incorporation ont disparu de la jurisprudence la plus récente.

A. — ARRÊTS PARAISSANT CONSACRER LA NOTION D'INCORPORATION OU EN ADMETTRE LES CONSÉQUENCES.

291 — a) Le premier arrêt de la Cour de cassation présentant une réelle importance, du 5 décembre 1910, qui énonce que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée » n'est pas d'une interprétation aisée et a pu être considéré comme consacrant très largement des principes de nature subjectiviste (15).

(14) H. BATIFFOL, *op. cit.*, *Mélanges Maury*, p. 43, note 6, et les réf.

(15) *American Trading Cie*, 5 déc. 1910, *Revue*, 1911.395 ; S., 1911.1.129, note Lyon-Caen ; *Clunet*, 1912.1156.

La cour énonce en effet que « la manifestation [de volonté] peut « être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances « de la cause ainsi que des termes du contrat », marquant ainsi l'importance accordée à la recherche de la volonté, même implicite, des parties en dehors de toute référence à une notion de rattachement objectif. Mais il y a plus : appelée à juger la validité de la clause d'exonération des fautes du capitaine dans un transport international expressément soumis à l'Act du Congrès des Etats-Unis du 13 février 1893 qui prohibe de telles stipulations, la Cour déclare qu'il « résulte « de l'esprit et des termes mêmes de leur convention que, dans leur « commune intention, elles n'entendaient se soumettre à la loi améri-
« caine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la « charte-partie ».

La Cour semble ainsi donner toute leur valeur aux stipulations des parties, la loi choisie apparaissant devoir jouer un rôle secondaire dans l'hypothèse de lacune de la convention. Le contrat écarte, ainsi, la prohibition contenue dans la loi cependant appelée, par lui-même, à s'appliquer. Mais, nouvelle source d'hésitation, la Cour ajoute que la clause en question « devait être exécutée sur le terri-
« toire français où elle est considérée comme licite ».

Dans le même ordre d'idée, l'arrêt des *Messageries Maritimes* du 21 juin 1950 (16) a admis que les parties « avaient, par avance, « entendu soustraire leurs conventions à toutes mesures législatives « susceptibles de diminuer le montant de la dette », et qu'il leur appartenait « en un tel contrat [international] de convenir, même « contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à « régir leurs conventions, une clause-or... », semblant par là-même consacrer une double conséquence de la théorie subjectiviste.

Cependant, les solutions ainsi affirmées ne le sont, on le sait, qu'au nom de l'ordre public international français imposant en l'espèce une règle de droit matériel propre aux règlements internationaux, d'une part, et surtout, d'autre part, elles s'accompagnent de l'incisive affirmation que tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat.

292. — b) Plus décisifs en leurs termes ont paru les quelque arrêts qui, autour des années 1930, semblèrent directement faire appel à la notion d'incorporation.

On cite généralement en ce sens l'arrêt rendu par la Chambre civile le 15 mai 1935, décidant que les intérêts légaux résultant d'une créance de fournitures soumise à la loi étrangère « du lieu et du temps « [1914] où elle avait été souscrite », « en raison de leur origine contrac-
« tuelle, échappaient à la déchéance édictée par le décret du 25 mars « 1919 » (17). Peut en être rapproché l'arrêt du 19 octobre 1938 (18)

(16) *Revue*, 1950.609, note Batiffol.

(17) *S.*, 1935.1.244.

(18) *Gaz. Pal.*, 1938.2.886.

donnant à la volonté des parties pouvoir d'écarter la loi étrangère postérieure à leur accord.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse plus de jurisprudence française, mais parce qu'elle en est très proche et, partant, intéressante à comparer, la jurisprudence belge s'est illustrée par un arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1938 qui constitue un exemple typique. S'agissant, comme l'avait fait le *Reichgerischt* en 1936, comme le fera en 1950 la Cour de cassation française vis-à-vis de la loi canadienne, d'apprécier les effets de la *Joint Resolution* du Congrès des Etats-Unis de 1933, déclarant nulles toutes stipulations de paiement en or ou d'après une valeur-or, la Cour belge répond aux porteurs belges d'obligations arguant de la violation, par cette loi, de la souveraineté et de l'ordre public belges (troisième moyen du pourvoi), « qu'il est souverainement établi... que les parties ont prévu « dans leur contrat l'application des lois monétaires de l'Etat de « New York ; que le moyen manque en fait, le juge du fond n'ayant « pas fait application des lois étrangères comme telles, mais de *dispositions légales étrangères invoquées et insérées par les parties dans leur convention, et devenues, par conséquent, des dispositions conventionnelles...* » (19).

Cependant ce motif, qui a été fermement critiqué, est lui-même en contradiction avec la solution finalement apportée au problème : si la Cour avait réellement conféré un caractère conventionnel aux dispositions étrangères, elle aurait dû, pour être logique avec elle-même, en consacrer l'immutabilité (20). Or la Cour de cassation belge, au contraire, a admis que « le texte général et absolu « de la référence aux lois de l'Etat de New York exclut toute limitation de quelque nature que ce soit », semblant ainsi confirmer l'opinion de la Cour de Bruxelles, du 4 février 1936, selon laquelle « la soumission à un droit déterminé entraîne en principe la soumission non « seulement à la législation existante, mais aussi à toute modification « de celle-ci... ». Certes, la portée de cette soumission inconditionnelle du contrat à la loi choisie demeure réduite, puisque la Cour de cassation paraît adopter cette réserve faite par la Cour d'appel que « si les contractants voulaient exclure toute atteinte à cette clause « par les lois futures de cet Etat, ils pouvaient et devaient le dire ». Il n'en reste pas moins, la portée de cette réserve et de son admission par la Cour suprême étant douteuse, que le principe est posé d'une mutabilité normale du contenu des stipulations sous l'influence des modifications législatives.

Ces divers arrêts, pris parmi d'autres car ils sont les plus fréquemment cités, ne sont donc pas décisifs. Ils appartiennent, semble-t-

(19) Le moyen du pourvoi manquait, au surplus, en droit, l'ordre public belge n'étant pas lésé par l'application, à l'étranger, des dispositions incriminées (« de caractère politique et exceptionnel ») : la réaction belge fut donc différente de celle du R.G. devant lequel ce moyen avait eu plein succès : Cass. belg., 24 févr. 1938, D.P., 1938.257, note Philonenko ; *Revue*, 1938.661, note Wigny.

(20) Cf. en ce sens PHILONENKO, note préc., p. 63.

il (21), au passé et les décisions les plus récentes ont, aux yeux de plus d'un auteur, paru s'engager dans la voie de solutions plus fermes marquées au sceau de l'objectivisme.

B. — CONSÉCRATION DE L'OBJECTIVISME PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

293. — Une première constatation s'impose, autour d'un fait que nous avons déjà souligné, c'est que la jurisprudence française en appelle de moins en moins aux notions de volonté tacite ou présumée des parties, mais tend au contraire à opposer nettement les cas où existe une déclaration expresse de cette volonté, et ceux où elle fait défaut. Aussi les rattachements objectifs (22) gagnent-ils de jour en jour, d'arrêt en arrêt, le terrain que perd la recherche d'une volonté dont le caractère factice avait été dénoncé par la doctrine (23).

La formule même des arrêts les plus récents a varié, mais semble devoir marquer sans ambiguïté la soumission du contrat à la loi choisie par les parties ou désignée à défaut de ce choix.

L'attendu de principe de l'arrêt *Fourrures Renel c. Allouche* du 6 juillet 1959 a été particulièrement remarqué à cet égard comme étant de nature à écarter sans équivoque toute idée d'incorporation de la loi au contrat. Il déclare que « la loi applicable aux contrats, « en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, « est celle que les parties ont adoptée ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, « d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, « quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants » (24).

(21) Un arrêt récent a cependant consacré, au moins *partiellement*, l'idée de contrat libéré, du moins pour la substance des obligations et sauf le respect de l'ordre public international, de la loi étatique, en reconnaissant aux parties à un contrat international « la faculté de convenir des stipulations de leur choix « et de se référer, pour ce qu'elles ne décident pas expressément, à une loi qu'elles « désignent librement... » : Paris, 5^e Ch., 19 juin 1970, *Revue*, 1971.692, note Level ; *Clunet*, 1971.833, note Oppetit ; *J.C.P.*, 1971.II.16927, note Goldman.

(22) ... après quelques formules intermédiaires qu'il n'est pas exclu de voir réapparaître, telle celle de l'arrêt *Franç C.F.A.* du 24 avril 1952 de la Cour de cassation (*Revue*, 1952.502, note Motulsky, S., 1952.I.185, note Batiffol) : les juges du fond « ont, à bon droit, dégagé l'économie de l'opération contractuelle « en recherchant, dans le silence du texte et de la convention, l'intention présumée « des parties quant à la localisation de celle-ci et à ses conséquences relatives à la « monnaie de règlement... ». Des hésitations se sont en effet manifestées récemment dans la jurisprudence, dont nous donnerons pour témoignage l'arrêt précité (n° 228, note 43) de la Cour de Paris du 19 juin 1970, dans l'affaire *Hecht c. Sté Buisman's*.

(23) Cf. NIBOYET, note au S., 1942.2.29 : « Il n'y a pas... de place pour une volonté présumée, et cette épithète jure avec le mot auquel on l'accorde ainsi ».

(24) *Revue*, 1959.708, note Batiffol. — Plus récemment, la Cour de cassation a reconnu aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement « les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui « est applicable », explicitant et affermissant ainsi, à ce qu'il semble, la seconde branche de l'alternative posée par l'arrêt du 6 juillet 1959 (Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1971, *Nassar c. Banque commerciale africaine*, *Clunet*, 1972.51, note P. Kahn).

294. — De plus, sur des points particuliers dont la solution est disputée entre les deux doctrines (25), certaines décisions ont consacré des applications directes de l'idée de localisation.

On peut, tout d'abord, citer en ce sens l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 28 juin 1966, *Sté Cametz c. Rousset* (26), décidant qu'en vertu de la loi française régissant (le terme est repris) le contrat de bail litigieux, celui-ci était nul : « jalon sérieux sur la voie qui devrait aboutir à affirmer que la loi désignée par les parties, ou les circonstances de la cause, reste une loi, et ne dégénère pas en une simple clause contractuelle ; un contrat, même de caractère international, peut donc être le cas échéant nul ; la « loi de validité (27) ne donne pas la clé de la solution de tous les conflits de lois en matière de contrats » (28).

Très caractéristique est également l'arrêt rendu par les Chambres civiles réunies de la Cour d'appel d'Amiens, le 25 mai 1970, dans une espèce soulevant le problème des effets de l'accession de l'Algérie à l'indépendance sur les contrats passés en Algérie, dont certains avant l'indépendance. La Cour énonce en principe que « à défaut de « choix exprès par les parties de la loi applicable à leur convention, « il appartient aux juges du fond de rechercher en fonction des éléments essentiels de l'espèce à quelle loi elles ont entendu *soumettre* « les conditions de fond et les effets de leur contrat... ». Par application de ce principe, la loi algérienne est reconnue compétente « pour régir l'obligation ». La formule, ambiguë, s'éclaire lorsque la Cour ajoute que « en tant que lois locales impératives, les lois « algériennes portant nationalisation de certaines entreprises ... « ont nécessairement bouleversé l'économie originelle des conventions « *objectivement localisées* en Algérie, de sorte que les contrats conclus « par la société ... avant sa dépossession sont obligatoirement soumis « à ces lois *dans le champ territorial d'application desquelles ils sont « localisés...* » (29).

295. — De semblables formules et solutions, incomparablement plus nettes que celles auxquelles il a été antérieurement fait allusion, inclinent indubitablement à penser que la jurisprudence française a évolué dans le sens d'un encadrement assez ferme de l'autonomie de volonté des contractants. Il s'en faut de beaucoup, cependant, que toutes les conséquences que les partisans d'une conception objectiviste lui attachent soient consacrées.

Ainsi, les limites dans lesquelles peut s'exercer le choix de la loi, quant au lien que doit présenter avec celle-ci le contrat, ne sont pas posées. Il résulte au contraire d'arrêts anciens de la Cour de

(25) Cf. *supra*, n° 289.

(26) *Revue*, 1967.334, note Batiffol.

(27) Soutenue notamment par Ehrenzweig, cité par M. BATIFFOL dans sa note à la *Revue*, 1967, préc.

(28) Cf. H. BATIFFOL, *id.*, *Revue*, 1967, p. 337.

(29) *Citnet*, 1971.86, note signée J. D. I.

cassation (30) que la liberté des parties n'est pas limitée, de sorte que l'on a pu caractériser le système français comme celui octroyant aux parties à un contrat international la « liberté la plus large », sous la seule réserve que leur choix se porte sur une loi étatique (31).

Par ailleurs, les décisions (32) qui ont eu à trancher des problèmes de modification de la loi applicable au contrat, ou de mise à l'écart, par les parties, de telle ou telle disposition impérative de la loi contractuelle manquent de clarté, et de nouveaux développements jurisprudentiels ne les ont pas éclaircies. L'absence de décision concernant le problème du renvoi n'est pas de nature, à cet égard, à apporter des précisions.

296. — Peut-on, dès lors, affirmer que la thèse de la localisation exprime, plus que la tendance profonde et véritable, la réalité vivante du système français ? Nous ne le pensons pas. La théorie de la localisation n'est pas, comme on a voulu la présenter (33), une « notion intermédiaire » mais, tout comme celle à laquelle elle s'oppose, *excessive*. Mais, alors que la thèse de l'incorporation est impuissante à résoudre les problèmes soulevés — fréquemment — par l'absence ou le refus de choix de la loi par les parties, c'est par une méconnaissance du rôle effectivement rempli par la volonté des parties lorsqu'elle s'exprime, et de la variété réelle des situations qui se présentent, que la « notion intermédiaire de localisation » pêche.

Selon qu'un choix de la loi a été exercé ou, au contraire, qu'il fait défaut, ce n'est pas la même situation qui est offerte et ce ne sont pas nécessairement les mêmes solutions qui doivent être apportées. Toute tentative unitaire nous paraît méconnaître les réalités : c'est dire que nous estimons que le statut contractuel est — ou doit être — fondé sur un dualisme.

SECTION II

DUALISME DU STATUT CONTRACTUEL

297. — La formule de M. Batiffol, selon laquelle « les parties localisent seulement leur contrat, le juge en déduit le droit applicable » (34), est une formule excessive qui, sous couleur de donner

(30) 19 févr. 1930 et 27 janv. 1932, S., 1933.1.41, note Niboyet.

(31) Voir en ce sens, P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, p. 236-237.

(32) Cf. *supra*, n^{os} 291 et s.

(33) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, n^o 572, p. 214.

(34) *Traité*, 5^e éd., t. II, n^o 573, sous le titre « Objet propre de la volonté des parties », p. 214. — Voir également, du même auteur, *Les conflits de lois en*

au statut contractuel un régime unitaire le plus proche possible de celui des autres rattachements, méconnaît, en prétendant repousser tous les abus qu'a engendrés l'idée d'autonomie de la volonté, le rôle de cette volonté lorsque les contractants l'expriment.

Cette méconnaissance tient à ce que les parties qui prennent le soin, et ont la possibilité, de s'entendre sur la loi applicable à leur accord, visent à se soumettre à cette loi pour tout ce qui concerne leurs relations contractuelles, et non simplement à « localiser » dans l'orbite d'un système juridique leur accord, opération intellectuelle vis-à-vis de laquelle la clause de choix de la loi serait presque superfétatoire. M. Louis-Lucas voit là, en vérité, une « subtilité déformatrice » : « les parties seraient bien surprises d'apprendre que leur décision se limite à une localisation, dont la plupart d'entre elles ne saisissent même pas le sens ; ce qu'elles ont voulu, c'est quelque chose de beaucoup plus clair : fixer elles-mêmes le statut de leur contrat en le plaçant directement sous l'empire de la loi qu'elles désignent » (35). Une critique analogue émane de Rabel (36), estimant que l'on ne peut « abaisser au niveau d'une pure et simple localisation » le choix par les parties de la loi applicable.

298. — Allons plus loin : la théorie expliquant l'ensemble du système de conflit de lois en matière contractuelle par la localisation, non seulement néglige, mais en vérité annihile toute volonté contractuelle en droit international privé.

Lorsque M. Batiffol, développant sa thèse, définit la localisation (dont le terme, dit-il, ne doit pas « abuser ») comme étant un « lien avec un système juridique », une telle définition semble être en régression par rapport à l'idée qu'elle exprime : ce lien entre l'acte et le système juridique, ne peut-il revenir aux parties de l'établir ? Il n'en est rien, car M. Batiffol ajoute (37) : « encore faut-il que les parties se soient placées, par leur activité, au moins partiellement, dans l'orbite de ce système ». Dès lors deux situations se présentent. Ou bien les parties peuvent « localiser » où elles veulent leur rapport juridique, et exprimer ainsi comme bon leur semble, sous quelque terminologie que ce soit, leur choix de la loi. La formule de la localisation, alors, n'ajoute rien, mais au contraire obscurcit les faits et les idées. Toutefois, cette première interprétation paraît exclue par les termes mêmes que nous avons relevés. Il reste, et ceci est certainement impliqué par la théorie de la localisation, dans une seconde hypothèse, à admettre que les parties ne pourront « localiser » leur contrat en indiquant la loi applicable que par rapport à un

matière de contrats, 1938, n° 45 et s., p. 38, et sa note sous Cass. civ., 6 juill. 1959, *Revue*, 1959.708. Ces termes ont été repris à son compte par M. L. PEYREFITTE, *Le problème du contrat dit « sans loi »*, D., 1965, Chron. p. 113.

(35) « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II, 1963, p. 743 et s., spéc. p. 759.

(36) *The conflicts of laws. A comparative study*, 2^e éd., 1960, p. 367.

(37) *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 574, p. 220.

système juridique présentant des liens objectifs avec le contrat. On voit tout le danger contenu dans cette exigence apparemment non dénuée de bon sens : tout se passe comme s'il existait toujours, au-dessus du choix des contractants, un rattachement, une localisation objectifs et parfaits, modèle vers lequel devrait tendre, sous peine d'être privée d'effets, la volonté des parties. Autant dire qu'il n'y aura plus de liberté du choix de la loi ou que, de celui-ci, aucun compte ne sera tenu. C'est ce qui se produit lorsqu'on ne voit dans ce choix, cependant exprès, qu'un simple indice de localisation, indice parmi d'autres laissés à l'appréciation du juge du fond (38).

299. — On parvient ainsi à des affirmations extrêmes telles que celle-ci : « les parties sont censées avoir fait porter leur intention sur les points de rattachement dans l'espace, et la référence à une loi n'ayant avec ceux-ci aucun lien fonctionnel [?] révèle simplement leur incapacité à faire coïncider leur volonté véritable avec son expression juridique. Si la loi indiquée est au contraire conforme aux points de rattachement, il n'y aura dans cette circonstance qu'un pléonasme aux yeux du juge » (39).

Cette curieuse alternative entre l'incapacité ou le pléonasme est à rejeter. Elle ne correspond pas au droit positif et, par la possibilité constante de remise en cause du choix de la loi, par le juge dont les conceptions à cet égard varient d'un pays à l'autre, qu'elle recèle, elle porte atteinte à la sécurité dont les parties à un contrat international poursuivent légitimement la réalisation : « ce désir légitime n'est exaucé que si leur choix, comme c'est toujours le cas, lie le juge en principe » (40). Seul ce respect de la volonté des parties les mettra, au moins dans la majorité des cas, à l'abri des aléas résultant de la diversité des systèmes juridiques, en assurant une solution uniforme — leur solution —, quelle que soit la juridiction saisie. Ce n'est qu'au prix de ce respect que le droit des conflits peut espérer conserver le rôle qui lui revient dans le domaine des contrats internationaux.

300. — Doit-on voir dans l'idée de localisation, critiquée par divers auteurs, et non des moindres (41), un « signe du déclin du

(38) Voir, en ce sens, P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, *Mélanges Dabin*, p. 759.

(39) J. TROUSSET, *L'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie par les parties*, thèse dactylographiée, Paris, 1961, p. 39, qui développe l'idée que le « mauvais choix » des parties pourrait cependant valoir pour les règles supplétives : cf. p. 55 et s. — Cpr. avec l'article 13, alinéa 2, du Projet Benelux de 1969 : « Lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particuliers excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties » : la liberté, réduite au choix des seules dispositions supplétives, n'est donc, contrairement à toute la tradition, pas plus développée en droit international qu'en droit interne.

(40) Critique de RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 1950, p. 282, note 6.

(41) Voir les auteurs cités *supra*, n° 297.

rôle de la volonté dans le droit» (42) ? Un tel déclin, appelé de ses vœux ou hâté par une certaine doctrine, ne semble pas correspondre au droit positif. La revalorisation sans exaltation du rôle de la volonté dans les contrats internationaux nous paraît à tout le moins, pour reprendre, dans un contexte différent, ces mots d'un auteur (43): « la solution la plus raisonnable, qui doit être présumée celle du droit positif à défaut de loi écrite ou de jurisprudence constante en sens contraire ». La pratique des autres pays ou même celle d'arbitres internationaux pourra ici apporter d'heureux éléments de comparaison.

Le choix volontaire et exprès de la loi applicable au contrat ne pouvant ainsi se ramener à une opération de localisation, mais devant au contraire en être soigneusement distingué, la reconnaissance d'un dualisme dans le système de rattachement des contrats à la loi d'un Etat s'impose (§ 1). Nous verrons quelles conséquences en découlent quant au fondement et au régime de ce rattachement (§ 2).

§ 1. — Proposition d'une thèse dualiste

301. — M. Batiffol a fourni la critique d'un certain dualisme, selon lequel « en l'absence de choix exprès, on appliquerait [donc] une solution impérative, par exemple la loi du lieu de conclusion » (44). Cette critique porte essentiellement sur trois points :

a) Ce dualisme aurait « l'inconvénient de méconnaître la fréquence des contrats dépourvus de choix exprès, mais dont la localisation de fait n'est pas douteuse, et il leur retire le bénéfice de la loi d'autonomie contre l'évolution historique qui a précisément tendu à régir chaque contrat par la loi qui résulte de la véritable localisation ».

b) La frontière entre le choix et l'absence de choix, entre les deux régimes donc, serait trop difficile à tracer : « Entre la volonté déclarée et l'absence effective de volonté, il peut y avoir des volontés implicites qui ne sont nullement irréelles ». On passe insensiblement de l'une à l'autre : « il serait utile que la même vue prévale ... de manière à éviter le tracé d'une frontière pratiquement indiscernable » (45). C'est une distinction « insaisissable ».

c) Enfin, « on aboutira à deux régimes profondément divergents pour des situations substantiellement identiques, ne se différen-

(42) Cf. LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 510, p. 593.

(43) Il s'agit de M. MEZGER, *Revue*, 1970, p. 177.

(44) *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 573, p. 217-218.

(45) Note sous Cass., 6 juill. 1959, *Revue*, 1959.708.

ciant que par l'accident d'une référence omise» (46). Et, plus encore que la dualité elle-même, M. Batiffol semble redouter qu'elle ne serve de prétexte à l'admission, en cas de choix exprès des parties, de la théorie de l'incorporation avec toutes les conséquences qu'elle emporte quant à la latitude laissée aux parties.

A. — RÉFUTATION DES CRITIQUES ET DÉFENSE DE LA THÈSE DUALISTE.

302. — Nous devons, de façon liminaire, préciser que nous concevons ce *dualisme de manière sensiblement différente* de celle qui fait l'objet des attaques de M. Batiffol. Afin de mieux en préciser l'idée, nous en exposerons brièvement les deux pôles.

a) La première hypothèse est celle où les parties ont *exprimé leur choix* quant à la loi applicable à leur contrat. A ce choix clairement manifesté par une clause révélant que les parties ont eu conscience du problème et ont entendu le résoudre par leurs stipulations, le juge ou l'arbitre doit se référer purement et simplement (47).

Le problème de la loi applicable prend ainsi fin, sous réserve du domaine assigné à cette loi dite d'autonomie, impuissante à résoudre les questions faisant l'objet d'autres rattachements (capacité, droits réels, lois de police...) (48) pour lesquels le juge reprend l'initiative. L'idée de localisation est, à ce stade, inutile et même nuisible puisque, en réintroduisant, à côté du choix exprès, et sans l'en distinguer, le choix implicite ou tacite dont le caractère fallacieux doit entraîner le rejet, elle est cause de confusion.

b) A défaut de choix exprès, seulement à défaut de ce choix mais dans tous les cas où une telle référence est absente, interviendra le système de la *localisation objective*. Celle-ci connaît, selon les législations ou les jurisprudences, des degrés et se révèle polymorphe (49). L'attitude la plus simple consiste, pour le législateur, à abandonner au juge le soin de peser les divers indices afin de découvrir, dans chaque cas, la localisation effective du contrat — c'est ce que fait le droit français. A l'opposé, certaines législations, comme la législation italienne, édictent des rattachements

(46) « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, t. I, p. 57.

(47) Cf. cette sentence rendue, en 1971, par M. Lalive : l'arbitre n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties, dès lors qu'il existe un choix exprès, clair et dépourvu d'ambiguïté, et aucune raison suffisante n'a été avancée pour refuser effet à un tel choix... » (« The arbitrator has no power « to substitute his own choice to that of the Parties, as soon as there exists an « expressed, clear and unambiguous choice, and no sufficient reason has been put « forward to refuse effects to such a choice... »).

(48) Cf. *supra*, n° 70.

(49) Pour leurs mérites respectifs, voir *infra*, n° 323.

impératifs et généraux qui sont à base de présomptions indifférenciées pour les divers types de contrats. Enfin, un système intermédiaire, fréquemment retenu par les législations socialistes, consiste à poser une série de rattachements qui forment autant de présomptions légales de localisation, mais de présomptions, cette fois, adaptées à la nature de chaque type de contrat, éventuellement même aux circonstances dans lesquelles il a été conclu : une certaine souplesse le caractérise donc.

Un tel dualisme entre l'*existence ou l'absence* d'une volonté des contractants — car l'existence d'une volonté s'extériorise : à défaut d'une manifestation expresse, cette volonté commune ne peut se présumer et n'existe pas — correspond à une *vérité psychologique*.

Et surtout, dans un domaine très voisin de celui des contrats, dans lequel nous pourrions puiser comme d'autres l'ont fait avant nous des éléments de comparaison, domaine qui est celui des *conventions matrimoniales*, on constate la consécration d'un tel dualisme, la jurisprudence ayant même posé une présomption très forte de rattachement en faveur de la loi du premier domicile conjugal : le dualisme n'a pas toujours, ici, été perçu parce que, depuis longtemps, l'attention s'est portée sur les développements de la jurisprudence relatifs à cette présomption valable pour l'adoption d'un régime légal, au détriment des hypothèses où les époux ont pris soin d'établir des conventions particulières.

303. — En matière de *contrats internationaux*, deux règles sont devenues traditionnelles et l'on doit en assurer également le respect, car elles sont l'une et l'autre bien fondées. La première de ces règles, fondamentale car sans elle le problème ne se poserait pas, est que tout contrat, fût-il international, doit se rattacher à un système juridique étatique. La seconde veut que, en matière internationale, les parties soient libres de déterminer ce rattachement. Mais lorsqu'elles n'usent pas de cette faculté, alors, afin de garantir la finalité et l'exécution de la première règle, l'Etat intervient.

Le silence des parties peut avoir trois origines : ou bien elles n'ont pas vu le problème — cette hypothèse tend à perdre de son importance, les contractants étant de mieux en mieux informés —, ou bien elles n'ont pu avoir conscience d'un problème de conflit de lois qui, au moment où elles contractaient, ne se posait pas, ou encore, dernière possibilité, elles ont perçu la question, mais n'ont pu parvenir à un accord, craignant, au cours de négociations par ailleurs difficiles, de les faire échouer sur ces problèmes particuliers. Il est clair que dans ces trois cas, les parties, sciemment ou non, n'ont pu que s'en remettre au législateur. Celui-ci, selon les circonstances, abandonnera la question à la discrétion du juge ou la régleront lui-même. Les contractants ne sauraient s'en plaindre puisqu'ils n'ont pas connu ou résolu ce point. Quant à l'Etat, il se doit d'intervenir, sous peine de vider de son sens la règle qu'il a posée.

304. — Replacées dans ce cadre général, les *critiques émises par M. Batiffol* ne nous paraissent plus déterminantes.

a) Le fait d'abandonner à leur sort les contrats dépourvus d'un choix exprès nous inquiète assez peu. Il appartient aux contractants mieux informés de se servir des facilités qui leur sont accordées, et nous ne croyons guère, au demeurant, à « l'accident de rédaction ».

Nous avouons ne pas comprendre en quoi il serait blâmable de retirer le bénéfice de la loi d'autonomie à des contrats dont la localisation de fait n'est pas douteuse. L'objection tombe devant un système comme le système français qui permet au juge de déterminer, en chaque cas particulier, sans avoir à respecter quelque directive législative que ce soit, la localisation du contrat. Si, de l'économie de la convention se dégage une localisation de fait certaine, le juge l'observera. Cela n'autorise pas à mettre celle-ci sur le même pied qu'un choix exprès de la loi (50).

Cette objection aurait, surtout, le grave inconvénient de réintroduire, sous l'aspect d'une « localisation non douteuse », l'idée de choix tacite. Notion très critiquable, cette dernière semble de plus en plus abandonnée par la jurisprudence, à juste titre, car elle n'est qu'un fallacieux moyen de couvrir l'arbitraire du juge sous un manteau volontariste. N'a-t-elle pas, d'ailleurs, fait l'objet des critiques de M. Batiffol lui-même (51) ?

b) En relation étroite avec les développements précédents, la seconde objection tombe d'elle-même, car si un dualisme s'établit entre *choix exprès* et défaut de choix exprès, si l'on rejette toutes les notions dangereuses de volonté tacite, implicite, voire hypothétique, aucune difficulté de tracé de frontière entre les deux termes de l'alternative ne subsiste.

c) Il reste enfin le prétendu danger provenant de « deux régimes profondément divergents » appliqués à des situations identiques. Les situations ne sont pas, en réalité, identiques, car, selon l'un ou l'autre cas, l'Etat doit ou ne doit pas intervenir. Cela, nous le verrons (52), entraîne une différence dans le fondement que l'on doit assigner à l'application d'une loi donnée à des relations contractuelles déterminées. Cependant, et l'objection se trouve dépourvue

(50) Sur ce qu'un système tel le système français apparaît le meilleur, cf. *infra*, n° 323.

(51) Note précitée sous Cass., 6 juill. 1959, *Revue*, 1959.708 : « force est de reconnaître que dans la plupart des cas où manque une déclaration expresse, les parties n'auront eu aucune volonté déterminée sur la question de la loi applicable. L'idée d'une volonté implicite est alors une fiction, et il est toujours gênant de fonder les solutions de droit sur l'irréal » et M. Batiffol approuve l'arrêt (cf. *infra*, n° 309) d'avoir eu une « vue plus réaliste en l'absence de volonté effective des parties ».

(52) Sans pouvoir, à présent, entrer dans les détails, car il s'agit bien plutôt des conséquences de la thèse que nous proposons : voir *infra*, nos 310 et s.

de support, nous verrons également que la différence des régimes de cette désignation dans l'un ou l'autre cas n'est que limitée. Certains problèmes, en effet, se résolvent de façon identique dans les deux hypothèses par application de principes généraux, de sorte que l'on ne méconnaît pas, ainsi, l'unité profonde des situations. Mais dès que l'idée de choix de la loi reprend une importance, une dualité de régimes en découle.

Notre conception, enfin, n'a pas pour effet de reconnaître une liberté dépourvue de tout frein aux contractants, contrairement aux craintes qui ont été, à cet égard, exprimées (53). Il est hors de question de faire ici œuvre de compromis entre les doctrines objectivistes et subjectivistes, en réservant à chacune d'elles un domaine particulier. Nous nous refusons en particulier à faire déboucher le choix de la loi sur l'idée d'incorporation de la loi au contrat, mais prétendons que l'aptitude réelle des parties à choisir la loi applicable, aptitude qui ne saurait être enfermée dans une formule de localisation, ne se meut que dans certaines limites qu'il nous appartiendra de relever (54).

B. — ÉLÉMENTS DE CONFIRMATION.

305. — Une telle thèse dualiste a reçu des consécérations de la part d'éléments extérieurs au système français, tels que conventions internationales, sentences arbitrales internationales, législations étrangères. Mais elle ne semble pas davantage étrangère à la doctrine ni à la jurisprudence françaises.

1° *Éléments extérieurs au système français.*

306. — Certaines législations connaissent un tel dualisme qu'elles établissent fermement. Nous en donnerons trois exemples, tirés du droit tchécoslovaque, grec et portugais.

La loi tchécoslovaque permet, selon les termes d'un auteur tchèque (55), que soit désignée la *lex obligationis* « par la voie du choix de la loi ou en vertu d'une règle de conflit », marquant par là que les deux termes ne se situent pas au même niveau. La règle de conflit, en dépit des apparences qu'elle revêt dans le texte de la loi, n'est en réalité qu'une « instruction » permettant aux organes judiciaires d'appliquer aux contrats la loi « qui correspond le mieux au règlement des rapports respectifs ».

(53) Cf. H. BATIFFOL, note préc., *Revue*, 1959.708, pour qui la dualité des régimes paraît devoir aboutir nécessairement à la loi d'incorporation — donc au contrat sans loi — et M. PEYREFITTE (D., 1965, p. 116, Chron. préc.) selon qui la théorie de la localisation « présente [seule] ? l'intérêt de ne pas altérer le caractère de la loi applicable en le contractualisant ».

(54) Voir *infra*, n°s 327 et s.

(55) R. BYSTRICKY, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1963, n° 4, p. 231.

De même, l'article 25 du *Code civil hellénique* de 1940 établit, en deux alinéas distincts, une différenciation entre « la loi à laquelle les parties se sont soumises » (al. 1) et, à défaut de désignation de cette loi, « le droit qui, d'après toutes les circonstances particulières, est approprié au contrat », solution souple donc, éloignée qu'elle est de toute désignation impérative d'une loi spécifique.

Enfin, le *Code civil portugais* du 25 novembre 1966, entré en vigueur le 1^{er} juin 1967, dispose, dans son article 41 alinéa 1 que « Les obligations naissant d'un acte juridique ainsi que la substance de celui-ci sont régies par la loi que les parties ont désignée ou ont eu en vue », cependant que, selon l'article 42 alinéa 1, « A défaut de détermination de la loi compétente, on s'en tiendra... quant aux contrats, à la loi de la résidence habituelle commune des parties ». (56)

307. — Un document international, tel que la *Convention de La Haye* de 1955, relative à la détermination de la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, établit également une telle distinction mais au profit, cette fois, d'un règlement rigide du conflit de lois à défaut de volonté déclarée, ce qui se comprend aisément puisqu'il s'agit d'harmoniser les solutions et d'assurer, donc, une solution unique : « A défaut de loi déclarée applicable par les parties... la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande ».

C'est encore le système retenu par l'article 42 alinéa 1 de la *Convention de Washington* du 18 mars 1965 « sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », qui prévoit que : « A défaut d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend... ».

(56) Cf., pour le droit grec, la *Chronique de jurisprudence hellénique* de D. EVRIGÉNIS et P. DRAKIDIS, *Clunet*, 1971, p. 331 ; voir le texte du Code civil portugais (Chap. III, « Droit des étrangers et conflits de lois ») à la *Revue*, 1968.369.

Bien qu'il ne s'agisse plus à proprement parler de « législation », il est encore intéressant de noter la position adoptée par les jurisprudences helvétique et soviétique.

Ainsi, dans un arrêt remarqué du 12 février 1952, le Tribunal fédéral suisse émit que, selon sa jurisprudence, « les effets d'un contrat se jugent d'après le « droit auquel les parties ont déclaré se soumettre par une convention expresse ou résultant d'actes concluants. Si une volonté déterminée des parties ne peut être établie, il faut appliquer le droit du pays avec lequel le contrat est dans le « rapport territorial le plus étroit... » (A.T.F., 78.II.77, cité par A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *Recueil*, n° 123, 1968.I, p. 541, spéc. p. 566 et s., p. 631 et s., l'auteur repoussant toute idée qui reposerait sur une volonté « hypothétique, présumée, voire inexistante, des parties »).

On trouve encore cette hiérarchie, qui assigne au procédé du conflit de lois un rôle subsidiaire, exprimée dans la sentence n° 91/1966, *Sté Romulus Films Ltd c. Sovexportfilm* de la Commission arbitrale soviétique pour le Commerce extérieur, *préc.*, *Revue*, 1971.470.

308. — Enfin, il n'est pas dépourvu de tout intérêt de considérer la *pratique des arbitres* lorsqu'ils se trouvent confrontés à un problème de conflit de lois et acceptent de le résoudre par application des règles du droit international privé.

Lorsque les parties ont choisi le droit applicable, il est symptomatique d'observer que les arbitres se réfèrent purement et simplement à ce choix dont ils font mention. Quelques rares sentences, formant une infime minorité, prennent cependant soin d'observer que le choix des parties leur apparaît en l'occurrence raisonnable et justifié (57). Deux sentences nous ont paru dignes d'être plus particulièrement mentionnées ; elles ont été, l'une et l'autre, rendues sous les auspices de la Chambre de commerce internationale.

La première, prononcée sous la présidence de M. G. Holleaux, en 1964, dans une affaire opposant, à propos d'un contrat de fournitures et de distribution exclusive de marchandises, deux sociétés, affirme tout d'abord que la juridiction arbitrale, ne dépendant d'aucun Etat, détermine elle-même ses propres règles de conflit. Ce qui est, ici pour nous, plus intéressant, est qu'elle pose en principe que la juridiction arbitrale détermine elle-même, « *à défaut de choix* » par les parties de la loi applicable à leurs rapports contractuels, « ses propres règles de conflit... » : elle énonce donc la subsidiarité des règles de conflit par rapport au choix du droit.

La seconde sentence, émanant de M. Van Reepinghen, est plus récente, puisque de février 1971, et encore plus significative. La mission des arbitres était de dire le droit national applicable au règlement du litige dont les termes nous importent peu par ailleurs. Les arbitres décident que « dans le silence de la convention et de la « correspondance échangée entre les parties quant au droit national « applicable, il convient d'appliquer les règles de droit international « en vertu desquelles... la loi nationale applicable doit être celle du « lieu où le contrat a été formé, et subsidiairement en cas d'ambiguïté ou de doute, celle du lieu où il doit recevoir exécution » (58).

2° Le système français.

309. — Si l'on trouve difficilement ailleurs qu'en doctrine l'affirmation d'une subsidiarité du conflit de lois par rapport à la règle de la liberté de choix par les parties de la loi applicable (59), le droit français semble de plus en plus s'acheminer vers l'admission d'une différence tranchée entre l'expression, et son défaut, de la volonté des contractants.

(57) Ce qui n'est nullement incompatible, nous le verrons, avec notre thèse qui, admettant la liberté des parties sans la subordonner à l'observation d'un système de localisation, ne la restreint pas moins par le souci d'éviter les fraudes.

(58) Les visas de la sentence portent, au reste, que les parties avaient conféré ce pouvoir aux arbitres.

(59) Sans préjuger, ici, de la qualification de cette règle : voir *infra*, n° 320.

Un auteur comme M. P. Louis-Lucas (60) a pressenti la distinction dans ce qu'elle a de plus abrupt en écrivant que « si l'on ne veut pas préférer la fiction à la réalité, on est obligatoirement conduit à accueillir, au-delà de la règle normale qui déduit la loi applicable de la volonté connaissable des parties, une règle subsidiaire qui parera à ses carences. Et la situation se sera ainsi rapprochée de celle que connaît le droit interne, puisque ce sera retrouver la collaboration des ententes conventionnelles et des principes juridiques ».

Si des arrêts tels que ceux rendus, le 27 janvier 1955 par la Cour d'appel de Paris (61) et le 10 novembre 1970 par la Cour d'appel de Limoges (62) semblent bien confirmer une opinion aussi avancée, la Cour de cassation paraît être allée moins loin. Son apport, dans l'arrêt *Fourrures Renel c. Allouche* (63), est cependant très précieux et vaut que l'on reproduise à nouveau ce motif ainsi rédigé : « La loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ».

« Cette distinction tranchée introduite entre la *volonté expresse* et son *absence* » est, selon M. Batiffol même (64), « l'apport le plus neuf de l'arrêt » répondant, de l'aveu de l'auteur, à l'observation des réalités.

Faut-il considérer que cette « distinction tranchée » est remise en cause par le récent arrêt *Nassar c. Banque commerciale africaine* de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation, selon qui « les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable » ? C'est en ce sens que M. P. Kahn a analysé l'arrêt : pour lui, « la Cour de cassation tente de discipliner des applications non toujours cohérentes en posant une directive ferme qui est l'adoption pure et simple de la doctrine de M. Batiffol. En effet,

(60) « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, spéc. p. 760.

(61) *Sté Jansen c. Sté Heurtey*, *Revue*, 1955.330, note Motulsky, arrêt selon lequel « A défaut de toute manifestation de volonté — à ce moment la jurisprudence tient encore compte de la volonté tacite — il conviendrait de faire application de la règle de conflit française selon laquelle... ».

(62) *Noblesse c. Sté Haviland*, *Revue*, 1971.703, note M. Simon-Depitre, arrêt qui pose « qu'il est de principe en droit international privé français que les contrats sont soumis à la loi dite « d'autonomie », les parties étant libres du choix de l'ordre juridique national qu'elles entendent adopter et, qu'à défaut de manifestation expresse de volonté, leur option doit s'induire des indices qui, par leur lien avec l'opération conventionnelle, permettent de localiser le rapport de droit ».

(63) Cass. civ., 6 juill. 1959, *Revue*, 1959.708.

(64) Note, préc., à la *Revue*, 1959.

ce motif est tout à fait général. Il ne reprend pas la distinction de l'arrêt de 1959 entre les cas où la volonté des parties est exprimée et les autres» (65).

Cette interprétation ne s'impose pas. Il n'y avait, en l'espèce, aucun doute sur l'inexistence d'un choix exprès des parties de la loi applicable à leur contrat, et le moyen unique du pourvoi s'attaquait aux seuls éléments ayant déterminé la conviction des juges du fond quant à la recherche de cette loi : on ne peut trop solliciter un arrêt de rejet qui, se bornant à constater le pouvoir souverain des juges du fond en ce domaine, n'apparaît pas comme une décision de principe.

Il paraît de meilleure méthode de contribuer à la cohérence de la jurisprudence en relevant la continuité des décisions, plutôt que de rattacher celles-ci à telle ou telle suggestion doctrinale, quitte à faire ainsi apparaître artificiellement une inquiétante variabilité des solutions du droit positif. Dans cette ligne, on relèvera donc simplement que l'arrêt *Nassar* ne fait qu'explicitement l'affirmation de l'arrêt *Renel* visant le cas où la volonté des parties ne s'est pas exprimée.

Qu'en serait-il du droit international privé français si le projet de codification de 1967 venait à être adopté ? Il serait également de nature à consacrer cette tendance, qui, à nos yeux, est et doit être celle de notre jurisprudence. En effet, le projet de l'article 2312 distingue très nettement entre (*al. 1^{er}*) le cas où « le contrat de caractère international et les obligations qui en résultent sont soumis à la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer » et (*al. 2*), « à défaut de volonté manifestée, [le cas où] le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente, par son économie, et notamment par le lieu principal de son exécution, le lien le plus étroit » (66). Ce texte est d'autant plus remarquable qu'il rompt totalement avec la rédaction adoptée par le projet de 1959, soumettant les contrats internationaux « à la loi interne de l'Etat désigné expressément ou implicitement par les parties contractantes » (67).

Quelles conséquences découlent de la constatation d'une dualité du choix de la loi applicable au contrat ?

(65) Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1971, *Clunet*, 1972.51, note P. Kahn (le passage cité est extrait de la p. 53 de cette note).

(66) Voir le texte à la *Revue*, 1970, p. 845 et cpr. avec la solution retenue, pour les régimes matrimoniaux, par le projet d'article 2310 (*id.*).

(67) *Revue*, 1970, p. 833.

**§ 2. — Conséquences de la théorie avancée
quant au fondement et au régime de la désignation
de la loi contractuelle**

310. — Nous allons à présent développer l'idée, simplement jusqu'ici posée en germe, que si une théorie dualiste conduit à assigner un fondement radicalement différent au choix de la loi — selon qu'il résulte de la volonté des parties ou d'une localisation objective qu'opère la loi ou la jurisprudence —, elle n'entraîne par contre que des différences limitées de régime entre les deux procédés de désignation de la loi.

A. — DUALITÉ ABSOLUE DU FONDEMENT.

311. — 1^o *Le choix de la loi.* — Opéré d'un commun accord des parties au contrat, le choix de la loi peut être regardé comme une véritable convention, « contrat de choix » ou, encore, « convention d'*electio juris* ».

Un tel contrat dans le contrat pose, du point de vue du consentement des parties, trois principaux problèmes qui ont été ou sont toujours discutés : ce consentement est-il libre, ou bien doit-il respecter certaines limites ? A quel moment doit-il s'exprimer ? Quel est, surtout, son fondement ?

312. — a) Le premier problème, très débattu, consiste à se demander si les parties sont libres de désigner la loi de leur choix comme loi applicable à leur contrat, ou si un certain *lien objectif* doit exister entre cette loi qu'ils ont choisie et leur contrat ou l'ensemble de leurs relations contractuelles, cette exigence découlant naturellement d'une théorie de la localisation.

A l'appui d'une liberté absolue de choix des contractants, il est d'usage de citer l'arrêt rendu par le Conseil privé, le 30 janvier 1939, dans une affaire *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co Ltd* (68), arrêt dans lequel la haute juridiction anglaise donna effet au choix de la loi anglaise contenu dans un contrat passé entre une société enregistrée dans l'Etat de New York et une société canadienne, à propos d'un transport de Terre-Neuve à New York (69). On a toutefois, pour expliquer cet arrêt, pu faire remarquer que tout lien n'était pas absent, si ténu fût-il, entre la loi anglaise et le contrat litigieux.

313. — Beaucoup plus intéressants sont les enseignements des *législations socialistes*, dont certaines ont adopté des règles spécia-

(68) 1939 A.C., 277, *Nouv. Rev. dr. intern. privé*, 1942.420, note Mezger.

(69) Cf. TROUSSET, thèse préc., p. 21 et s.

lement adaptées aux nécessités du commerce international, marquant par là leur attention envers ces dernières. Or ces législations, dans leur ensemble, et si l'on excepte la récente loi polonaise de 1965 sur le droit international privé (70), ont proscrit, l'abandonnant ou la refusant, l'exigence d'un rapport entre le contrat et la loi choisie par les parties.

Il en est ainsi du *droit soviétique*, ou plutôt de la jurisprudence de la Commission d'arbitrage du commerce extérieur de l'U.R.S.S. (71) qui est très ferme en ce sens. Quant au *droit tchécoslovaque* qui se trouve, notamment par son adoption d'une réglementation spéciale et matérielle des rapports commerciaux internationaux, à la pointe du progrès, il a, dans sa récente codification de 1963 relative au droit international privé et à la procédure, abandonné l'exigence précédemment contenue à l'article 9 de la loi n° 41 de 1948, qui n'admettait le choix par les parties que d'une loi nationale en rapport important avec le contrat. Le nouvel article 9 de la loi de 1963 accorde au contraire aux parties « la faculté illimitée d'opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels ». « Ce sont les besoins du commerce extérieur qui ont imposé cette modification », exposent les auteurs tchécoslovaques qui saluent cette innovation comme la plus importante introduite par la loi (72).

Cette faculté de choix illimité, connue d'autres jurisprudences (73), ne semble démentie ni par la jurisprudence française, ni par les projets de codification élaborés en France (74). Les premiers arrêts

(70) Son article 25, § 1^{er}, permet aux parties « de soumettre leur rapport juridique à la loi de leur choix, pourvu qu'elle ait une relation avec ledit rapport » : cf. *Revue*, 1966, p. 326.

(71) Cf. la Chronique de M. BOGUSLAVSKI, « La législation soviétique ne fixe aucune restriction quant au choix du système juridique que l'on devra appliquer à l'accord » (*Clunet*, 1967, p. 706 et s.).

(72) Cf. R. BYSTRICKY, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1963, n° 4, p. 239, et P. KALENSKY, *Le contrat international*, p. 42.

(73) Voir l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse décrite et commentée par M. LALIVE, *Clunet*, 1970, p. 416 et aussi l'arrêt du *Hoge Raad*, du 13 mai 1966, *Van Nievelt et autres c. N.V. Hollandscher Assurantie Sociëteit*, *Revue*, 1967.522, note A. V. M. Struycken. Il est également notable que la jurisprudence constante de la Commission d'arbitrage de Bucarest admette le libre choix des parties, fût-il justifié sur l'unique base de critères subjectifs. Cependant, cette même juridiction a apporté une limite à cette liberté, lorsqu'il se révèle que la loi choisie par les parties n'est pas à même de résoudre le litige : Commission arbitrale de Bucarest, décision n° 52 du 25 déc. 1967, *Clunet*, 1971.624, obs. I. Nestor et O. Capatina (pour un litige relatif à la qualité d'olives noires, le contrat étant soumis à la loi roumaine qui ne comportait pas, faute de culture des oliviers en Roumanie, de réglementation relative au calibrage des olives).

(74) Sur la jurisprudence, cf. H. BATIFFOL, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Contrats et conventions*, nos 31-32. — Un arrêt récent de la Cour de Limoges a affirmé sans aucune restriction la liberté pour les parties, consacrée par le droit international privé français, du « choix de l'ordre juridique national qu'elles entendent adopter » (*Revue*, 1971.703, note M. Simon-Depitre). D'ailleurs, la Convention de La Haye de 1955, qui n'apporte aucune réserve à ce choix, fait partie intégrante du système français.

qui ont admis cette faculté de soumettre les contrats internationaux à une loi autre que la loi française l'ont fait sans réserve (75).

314. — La solution *s'impose* de toute manière, car enfermer le choix des parties dans les limites que pose l'exigence d'un lien objectif ou raisonnable entre le système choisi et le contrat en cause revient — et c'est la constante tentation, dévastatrice de la volonté, d'une théorie telle que celle de la localisation — encore une fois à subordonner le choix de la loi à un système objectif de détermination de cette loi, à ne le valider que dans la mesure où il le respecte, à l'invalider lorsqu'il s'en écarte. Cette attitude, nous l'avons souligné, est constitutive d'une totale méconnaissance de la volonté des contractants et il serait plus simple de poser en règle qu'elle n'existe pas ou n'a pas à être prise en considération. Or la pratique judiciaire nous montre le contraire : la liberté du choix apparaît un élément indissociable d'une véritable admission du choix de la loi et particulièrement indispensable au règlement des relations commerciales internationales (76).

Quant à la proposition conciliatrice consistant à minimiser l'exigence du lien pour ne retenir qu'un lien quelconque, il faut reconnaître qu'elle ne pose qu'une condition vide de toute substance, confondant un intérêt quelconque à l'application de la loi — qui existe toujours en fait — et un lien objectif établi entre la loi et le contrat (77).

315. — La reconnaissance d'une liberté absolue de choix semble, certes, se heurter à une objection : elle permettrait aux parties d'éluder les dispositions impératives de la loi qui aurait, à défaut de choix exprimé, été appliquée au contrat. Il convient ici de préciser cette idée. Encore une fois, reprenant le mot de Rabel, il n'y a pas de loi prédestinée à régir le contrat international, acte qui ne se prête pas à une localisation effective mais seulement intellectuelle. Prétendre le contraire et poser que certaines dispositions impératives sont, en tout état de cause, applicables au contrat, est la manifestation de cette attitude, que nous avons dénoncée, consistant à subordonner le choix de la loi à un système objectif de désignation du droit, préexistant et supérieur (78).

(75) Voir les arrêts, déjà cités, du 19 févr. 1930 et du 27 janv. 1931, S., 1933.1. 41.

(76) Cf. P. KAHN, *Clunet*, 1966, p. 325 : lors de la rédaction de la Convention de La Haye, l'hostilité de nombreuses délégations, notamment italienne, envers une autonomie large des parties « a cédé devant la difficulté de la limiter sans troubler considérablement le développement du commerce international ».

(77) Voir, pour une « liberté de choix intégrale », P. LOUIS-LUCAS, préc., *Mélanges Dabin*, t. II, p. 757.

(78) Cf., en ce sens, également, qu'une « telle restriction reviendrait à supprimer le droit de choisir », LUNZ, « Principes de droit civil de l'Union soviétique... », *Revue*, 1964, spéc. p. 638.

Il reste qu'en admettant même ces prémisses, qui ne sont pas les nôtres, et les conséquences qui en découlent, la *théorie de la fraude à la loi* peut intervenir pour sanctionner les abus véritables. Cette intervention ne s'impose pas, pour nous (79), mais il nous paraît en tout cas préférable de prévoir un remède pour les cas de crise plutôt qu'une prescription gênante et dangereuse applicable en tous temps (80).

Mais le recours à la théorie de la fraude à la loi supposant une loi objectivement applicable, donné de base rejeté en matière de contrats internationaux, nous préférons, pour notre part, découvrir ce remède dans la réserve de l'ordre public (81).

316. — *b)* Dépourvu de limite quant à son objet — sous condition qu'il s'agisse d'une loi étatique — le « contrat de choix » nous paraît par ailleurs devoir être accepté à quelque moment qu'il se produise. Concrètement, les contractants devraient avoir la latitude de s'accorder sur le choix du droit applicable à toute époque, même postérieure à la signature du contrat principal, ainsi par l'échange d'une correspondance.

Peut-on aller jusqu'à permettre aux parties de retarder encore le moment de ce choix pour ne l'opérer qu'en cours de procès devant le juge saisi (ou bien au cours des débats devant l'arbitre nommé) et éventuellement de revenir sur un choix déjà effectué ?

Les arbitres tenant le compte le plus grand de la volonté des parties, il était naturel que l'arbitrage international admette, ce

(79) ... ni pour HANDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931, p. 36-37, cité par TROUSSET, *op. cit.*, p. 41.

(80) La théorie de la fraude à la loi a été acceptée, en ce domaine, logiquement, par tous les auteurs favorables à l'existence d'un lien objectif limitant le choix des parties : cf. H. BATIFFOL, *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 575 et *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Contrats et conventions*, n° 33 ; LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 512, p. 595 ; PEYREFITTE, *Le problème du contrat dit sans loi*, D., 1965, Chron. p. 116 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi de droit international*, thèse dactylographiée, Paris, 1971, spéc. n° 232, p. 268 et n°s 551 et s., p. 637.

Application semble en avoir été faite par la Cour suprême des U.S.A., le 25 mai 1953, dans une affaire *Lauritzen v. Larsen* : « La solution serait toute « différente si le contrat avait tendu à écarter la loi normalement applicable... », 345 U.S. 571 (1953), *Revue*, 1954.166, note Bonassies.

(81) L'ordre public n'est normalement opposable qu'à l'application effective de la loi étrangère, choisie ou désignée, non au choix même de cette loi. Une telle réserve semble bien cependant avoir été admise par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes internationales de 1955 (art. 6), la rédaction de ce texte permettant, à M. P. Kahn notamment, « de penser que sont visées non seulement les dispositions de la loi interne désignée par les parties qui heurteraient l'ordre public de l'Etat du juge saisi, mais aussi la démarche qui a conduit à la désignation de la loi » (*Clunet*, 1966, p. 328). Il ne s'agirait donc pas d'une censure imposée sur la base objective d'une loi idéalement applicable, mais d'une réaction subjective de l'ordre du for, déterminée par le caractère choquant des manœuvres dont ont fait usage les parties, ou du résultat illicite par elles recherché.

qu'il fait réellement, que les parties choisissent, *au cours de la procédure*, le droit applicable au fond.

317. — Mais cette attitude libérale est également celle adoptée par nombre de tribunaux, parmi lesquels se trouve notamment le *Tribunal fédéral suisse*. Il résulte d'une jurisprudence constante de ce tribunal (82) que les parties peuvent choisir le droit applicable (*electio juris*) à tout moment, et même au cours du procès, mais au plus tard devant la dernière instance statuant au fond. A cette *electio juris* qu'il dépouille de tout formalisme, le Tribunal fédéral pose cependant cette condition que « le choix de la législation à laquelle on se soumet suppose, comme la conclusion de tout autre contrat, que les deux parties aient la conscience et la volonté de se lier par leurs déclarations ou, du moins, que chaque partie ait pu admettre de bonne foi que l'autre a fait ses déclarations avec cette conscience et cette volonté. Un tel choix conscient est nécessaire » (83).

L'élection de droit, ainsi comprise, « tant qu'elle n'a pas été annulée ou modifiée... détermine le droit applicable au contrat jusqu'à l'extinction de la totalité des obligations qui en sont issues ». Elle peut donc poursuivre ses effets au-delà du procès au cours duquel elle s'est manifestée (84).

Une telle doctrine n'est pas isolée : on la retrouve dans les pays socialistes comme la Pologne (85) et la Roumanie (86). De même, les *Cours d'appel de Thessalonique* et d'*Athènes* ont, respectivement en 1965 et 1969, dégagé de l'attitude des parties pendant le procès leur volonté concernant le droit applicable (87). Enfin, la *jurisprudence du Bundesgerichtshof*, inaugurée par un arrêt du 28 novembre 1963 (88) est également en ce sens. Elle vient d'être confirmée par une importante décision de la haute juridiction de la République fédérale allemande, du 25 mai 1970 (89), dont la précieuse contribu-

(82) Voir notamment les arrêts *Adès* du 23 mars 1965 (A.T.F., 91.II.44, et *Clunet*, 1970, p. 415), *Pawlata* du 18 mai 1965 (A.T.F., 91.II.248, et *Clunet*, 1970, p. 417) et *Thorwart* du 5 oct. 1965 (A.T.F., 91.II.442, et *Clunet*, 1970, p. 423 et la *Chron.* de M. Lalive).

(83) A.T.F., 91.II.46, cité par LALIVE, *Clunet*, 1970, p. 423.

(84) Arrêt du Trib. féd. suisse : *Pawlata*, A.T.F., 91.II.248, et *Clunet*, 1970, p. 417, préc.

(85) La Cour internationale d'arbitrage pour les questions de navigation maritime et fluviale à Gdynia, le 18 juillet 1962, a ainsi admis la déclaration des parties à l'audience, la considérant comme une modification du choix déjà fait du droit applicable : *Clunet*, 1970, p. 383-384, *Chron.* de M. J. Jodlowski.

(86) Décision n° 50 du 14 juill. 1965 de la Commission d'arbitrage de Bucarest, citée par MM. J. NESTOR et O. CAPATINA, *Clunet*, 1968, p. 423 et s.

(87) Dans l'espèce, l'accord des parties résulte de ce que l'une d'elles fonde son argumentation sur une loi donnée et de ce que l'autre, son adversaire, non seulement ne réplique pas mais encore tire à son tour de cette même loi la base légale de ses prétentions. La jurisprudence grecque y voit un « accord post-contractuel des parties sur la loi applicable » (cf. la *Chron.* de D. EVRIGÉNIS et P. DRAKIDIS, *Clunet*, 1971, p. 337).

(88) Cité par M. MEZGER, *Revue*, 1971, p. 39, note 1.

(89) *Revue*, 1971, p. 88.

tion au droit international privé, selon M. Mezger, « est de mettre en relief la portée décisive de l'attitude des parties au cours du procès pour la détermination de la loi applicable en matière contractuelle » (90).

318. — Ce libéralisme, permettant ainsi aux parties de déterminer, au cours de l'instance, le droit applicable à leur contrat ou à leur litige portant sur leur contrat, leur octroyant même la faculté de se rétracter par rapport à un choix déjà effectué, est-il celui des prétoires français ?

Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation paraît avoir pris en considération l'attitude observée par les parties au cours du procès, en notant que l'une des parties s'était prévalu de certains textes du Code civil français sans protestation de la part de son adversaire, et en en déduisant l'application du droit français (91). Mais, en sens inverse, la 5^e Chambre du Tribunal de la Seine a rendu, dans une affaire jugée le 9 juillet 1963, sous la présidence peut-être significative à cet égard de M. le président Bellet, un jugement d'où il ressort que « les défenseurs de la dame « Tekla et du Crédit Lyonnais [déclarant] vouloir, d'un commun accord, soumettre le présent litige à la loi française, au motif notamment ... le Tribunal n'est pas lié par l'accord des parties sur ce point » (92) : il s'agissait cependant de la loi française, loi du for.

La jurisprudence ne pouvant ainsi être considérée comme établie, en France, nous estimons, pour notre part, que, là encore, le choix des parties devrait être libre de s'exprimer au moment où celles-ci le désirent (93). Dès lors que l'on admet, comme le fait le droit positif français, le libre choix de la loi applicable par les parties au contrat, il est critiquable d'en restreindre l'efficacité par un vain formalisme. Or n'est-ce pas faire du formalisme que d'exiger que cet accord figure au contrat principal pour le repousser lorsqu'il est exprimé à une époque postérieure, pour des motifs qui peuvent être parfaitement légitimes ? Il n'est pas, par ailleurs, choquant de voir des contractants renier un premier choix et désigner une nouvelle loi : ce que la volonté a fait — si véritablement, comme on le doit, on lui reconnaît un rôle — elle peut le défaire. Au moment où les parties font cette nouvelle déclaration de volonté, leur accord premier n'existe plus, mais une nouvelle volonté commune, aussitôt, se dégage : doit-on l'empêcher de naître à la vie juridique pour s'en tenir à l'expression vide d'un consentement qui n'a plus de réalité ? Refuser de l'admettre est dans la suite logique d'une

(90) MEZGER, « Du consentement en matière d'*electio juris* et de clause compromissoire », à propos de l'arrêt du B.G.H. du 25 mai 1970, *Revue*, 1971, p. 37, spéc. p. 40-41.

(91) Cass. com., 18 nov. 1959, *Revue*, 1960.83, note Batiffol.

(92) J.C.P., 1963.II.13434, note P. Level.

(93) M. Batiffol semble admettre cette possibilité d'un choix opéré en justice : cf. *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o Contrats et conventions, n^o 50.

thèse qui répugne à subordonner l'expression de la volonté des parties à des rattachements plus ou moins objectifs prédéterminés : ainsi, en Suisse, on a pu considérer que « la conclusion d'une telle convention (*electio juris*) peut être motivée par la volonté concordante des parties de soustraire le contrat à l'ordre juridique auquel il serait soumis en vertu de circonstances objectives de rattachement, ou de prévenir toutes les incertitudes quant au droit applicable » (94).

319. — La Cour de cassation italienne s'est cependant vivement élevée contre un tel choix tardif de la loi, dans un arrêt du 28 juin 1966 (95). Pour cette juridiction, les deux manifestations de volonté — contrat principal et choix de la loi — doivent être concomitantes parce que, admettre une autre solution serait reconnaître aux parties un pouvoir excessif et anormal, leur permettant de modifier leurs engagements, et surtout « parce que *la faculté de désigner l'ordre juridique compétent dérive non pas d'une règle de droit substantiel interne mais d'une règle de droit international privé* et que, par conséquent, elle possède la fonction et la portée que lui confère la nature juridique de ces normes, c'est-à-dire de préparer un critère de « rattachement ».

Comme on le voit, la discussion de ce point limité engage directement la conception, le fondement de la règle autorisant les contractants à choisir le droit applicable à leurs conventions.

320. — c) Quant à la *nature de la règle autorisant les parties à élire la loi contractuelle*, une première évidence s'impose à nous, bien qu'elle soit susceptible en apparence de choquer : *la « loi d'automonie » n'est pas une règle de conflit de lois*. En effet, l'élément qui aboutit à la désignation de la loi applicable au rapport juridique est la volonté des parties, volonté dont l'objet direct est, quoi que l'on en dise, bien le choix de la loi : c'est un acte juridique, non un acte matériel de localisation (96).

Or la volonté n'est pas et ne peut être le fondement d'un rattachement objectif tel qu'en nécessite toute règle de conflit : sous peine de nier le rôle de la volonté — contre le droit positif et les nécessités de la vie internationale —, force est de reconnaître que le choix de la loi ne constitue pas une règle de conflit de lois. La formule de certains arrêts que nous avons cités, entendant expressément ne faire appel au jeu des règles de conflit qu'à défaut de volonté exprimée des parties, admettant par là-même que cette volonté ne participe pas du caractère d'une règle conflictuelle (97), conduit à

(94) Cf. P. A. LALIVE, 1970, p. 417.

(95) *Clunet*, 1968.377.

(96) C'est pourquoi, afin d'éviter la constatation de cette évidence, une théorie telle que la théorie objectiviste analyse le rôle de la volonté précisément en un acte matériel de localisation, lui faisant subir une sorte de *deminutio capitis*.

(97) Voir notamment, très net en ce sens : Paris, 27 janv. 1955, préc.

cette conclusion. Une semblable idée ressort de la décision de la Cour de cassation (*Fourrures Renel c. Allouche*), puisque la recherche de la loi applicable, autrement dit la mise en œuvre de la règle de conflit, n'a lieu qu'après constatation du défaut de volonté expresse des parties (98). Il en irait différemment si, comme semble le faire la Cour de cassation italienne, on analysait le choix des parties comme un simple indice, lequel participerait dès lors du fonctionnement de la règle de conflit. Mais lorsque l'on ne ravale pas cette volonté au rang d'un indice de rattachement, notre conclusion s'impose.

321. — On analyse le choix de la loi en un *contrat*, contrat dans un contrat lorsque le choix se fait au moment de l'élaboration du contrat principal, ou contrat extérieur lorsqu'il lui est subséquent : *le contrat de choix* (99). C'est en ce sens que la Convention de La Haye de 1955, relative à la loi applicable à la vente de biens mobiliers corporels, déclare que « les conditions relatives au consentement des parties, quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi » (art. 2, al. 3). Car si on analyse l'*electio juris* en un contrat, se pose la question de la loi applicable à ce contrat de choix, qui prend rapidement l'allure d'un cercle vicieux. La Convention de La Haye résout le problème de la manière la plus simple : le consentement des parties est soumis à la loi désignée par elles. Ceci correspond à l'analyse française qui fait du consentement une condition du contrat soumise à la *lex contractus* (100).

Il est clair, cependant, que voir dans l'*electio juris* un contrat particulier conclu par les parties ne résout en rien la question de la nature de ce choix. La réalité qui s'impose est celle-ci : à la base de tous contrats, il existe une norme autorisant les parties à s'entendre sur le droit applicable, et *cette norme ne saurait être qu'une*

(98) Cf. également l'article VII de la Convention de Genève du 21 avril 1961 relative à l'arbitrage commercial international (internationalement en vigueur depuis le 7 janv. 1964) : « à défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit... » (voir le texte in LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, Annexe II, p. 828).

(99) Cf. la note de M. BATIFFOL sous Cass. com., 18 nov. 1959, *Revue*, 1960.83, et P. A. LALIVE, *Clunet*, 1970, p. 417 : c'est une convention qui tend à désigner le droit applicable et se greffe sur le contrat principal de droit matériel.

(100) Cf. P. KAHN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Clunet*, 1966, p. 328. — Voir cependant *Oberster Gerichtshof*, 14 oct. 1969, *Clunet*, 1972.658, obs. Seidl-Hohenveldern : le choix de la loi applicable résulte d'un contrat ; le tribunal saisi doit examiner, d'après son droit international privé, quelle loi est applicable au cas, et vérifier si, et dans quelle mesure, la loi compétente autorise les parties à opter pour une autre loi.

Le Tribunal fédéral suisse applique au contraire à l'ensemble du contrat la loi choisie par les parties (A.T.F., 78.II.85, A.T.F., 79.II.297, A.T.F., 82.II.552), cette juridiction ayant d'ailleurs souligné le caractère de source *originnaire*, et non dérivée de cette faculté accordée aux parties : A.T.F., 79.II.225 (arrêts cités par A. SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, préc., p. 585 et 586, texte et note 5).

règle de droit international privé matériel propre aux relations internationales, procédé distinct au moins en une telle hypothèse — nous le savons (101) — de celui de la règle de conflit.

C'est sous cet aspect qu'elle a été affirmée par les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* (102) : le marché mettant en jeu des intérêts du commerce international, la loi française pouvait être écartée au profit d'une loi étrangère. Cette formule, que n'a pas démentie la jurisprudence ultérieure, montre à l'évidence qu'il s'agit d'une règle de droit matériel posée par la jurisprudence française mais aussi, car c'est une règle des plus universellement reçues, par la quasi-totalité des autres systèmes juridiques. Cette règle de droit matériel consiste en la faculté, pour les parties à un contrat international, et pour elles seules, de choisir le droit applicable à leurs stipulations. Ainsi, dans les rapports du commerce international, de même qu'il est licite de conclure des *clauses de garantie de change* (103) de même que *l'Etat reçoit la possibilité* de se soumettre à une loi étrangère ou *de compromettre* (104), de même et sans plus, il est permis de faire élection de droit.

Quant à l'analyse du choix du droit applicable en un contrat (contrat de choix), si elle est insuffisante à elle seule à exprimer l'entière réalité, elle complète harmonieusement la conception d'une règle de droit international privé matériel : *la règle de droit matériel, liberté accordée aux parties dans les contrats internationaux, est la source juridique de ce pouvoir des parties, l'expression concrète en étant la convention de ces parties* contractantes formant *electio juris*, convention dénuée de tout formalisme, et qui peut naturellement prendre place à n'importe quel moment. La question de la validité de l'accord par lequel les parties choisissent le droit applicable se résout donc ainsi par la combinaison de la loi matérielle (de droit international privé) du for qui offre le principe même de l'accord, et de la loi choisie qui déterminera à quelles conditions un consentement valable existe.

Par rapport à cette règle de droit international privé matériel, la

(101) Voir *supra*, n° 160.

(102) Cass. civ., 19 févr. 1930, D.H., 1930.228 et Cass. civ., 27 janv. 1931, *Clunet*, 1932.93 ; S., 1933.1.41, note Niboyet.

Il n'est pas exclu qu'une règle de même nature se dégage pour ce qui concerne la forme des actes, de sorte que le domaine contractuel (forme et fond) recouvre son ancienne unité, mais dans un sens profondément différent qui ne serait plus celui de la soumission stricte à la loi locale, mais celui de la liberté de choix dans les contrats internationaux. C'est en ce sens que peut déjà être interprété l'arrêt *Sté Films Richebé c. Sté Roy Export et Charlie Chaplin* (Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1963, D., 1963.677, note H. Batiffol ; J.C.P., 1963.II.13347, note Malaurie ; *Clunet*, 1963.1004, note B. Goldman ; *Revue*, 1964.513, note Y. Loussouarn) qui énonce que « la règle *locus regit actum* ne s'oppose pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en une forme prévue par la loi étrangère « qui les régit au fond », cette loi étant distincte à la fois de la loi du lieu de passation de l'acte et de la loi nationale commune des parties.

(103) Cf. *supra*, nos 128 et s.

(104) Cf. *supra*, nos 143 et s.

règle de conflit n'est appelée à jouer qu'un rôle subsidiaire. Mais la localisation objective des contrats est-elle bien elle-même fondée sur une règle de conflit ?

322. — 2° *La localisation objective du contrat* intervient à défaut de choix par les parties du droit applicable, permettant ainsi au système qui rattache obligatoirement tout contrat à la loi d'un Etat de demeurer sans lacune. Elle se produira dans les hypothèses où les parties n'ont pu prévoir le problème — et jouera alors un rôle précieux —, ou bien dans celles où, conscientes de la question, les parties ne parvenant pas à un accord s'en sont remises de ce soin à une tierce personne, législateur, juge ou arbitre.

323. — Les divers systèmes juridiques utilisent *deux méthodes distinctes de localisation des contrats*. Si certains, tel le système italien, déterminent impérativement la loi applicable, par exemple la loi nationale commune aux parties ou celle du lieu de conclusion du contrat, à l'acte juridique, d'autres — comme le système français —, préfèrent s'en remettre à la prudence du juge en abandonnant toute directive contraignante.

Ces deux méthodes sont elles-mêmes susceptibles de degrés. Ainsi, au rigide système italien s'oppose la manière casuistique adoptée par le législateur polonais (105). Quant aux systèmes confiant aux juges le soin d'opérer, grâce à des indices, la localisation du contrat, ils ne sont pas toujours exclusifs de certaines présomptions qui, posées à titre indicatif, sont destinées à servir de guide à la jurisprudence : il en est ainsi de la loi tchécoslovaque de 1963 et du projet d'article 2313 dans la réforme projetée du Code civil français qui enjoint de tenir compte, lors de la détermination de la loi avec laquelle le contrat entretient les relations les plus étroites, « notamment [du] lieu principal de son exécution ».

Le second de ces systèmes, qui consiste à déterminer dans chaque cas particulier, par des indices, la loi applicable, nous semble de loin être le meilleur. En effet, s'il appartient à l'Etat, dans le silence ou l'inaction des parties, de faire à leur place ce qu'elles n'ont pas fait, déterminer le droit applicable, la règle essentielle demeure celle du libre choix des parties, règle par rapport à laquelle une localisation objective ne représente qu'une solution subsidiaire : « la compétence de remplacement doit [donc], pour être aussi proche que possible de la compétence principale, partager avec elle ce trait fondamental de l'adaptation aux circonstances de l'espèce » (106). La détermination de la loi applicable, loin d'être abandonnée à

(105) Voir le texte de la loi de 1965 à la *Revue*, 1966, p. 326.

(106) P. LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 761. — Voir également, pour le droit grec dont la position est analogue à celle du droit français, l'approbation de P. DRAKIDIS et D. EVRIGÉNIS, *Clunet*, 1971, p. 332 et s.

l'arbitraire du juge, rejoindra ainsi la position des juges anglo-saxons, tendant à rechercher ce qu'auraient fait, en chaque espèce donnée, des contractants avertis et raisonnables.

Cette règle a en outre le mérite, contrairement au souci exprimé par M. Batifol (107), de ne pas retirer, pour des raisons accidentelles, le bénéfice de la loi d'autonomie à certains contrats.

Il reste à signaler que ceci correspond à l'attitude généralement adoptée par les arbitres dans les litiges internationaux, d'autant mieux que ceux-ci s'estiment souvent dégagés de tout système étatique de conflits de lois, et que l'article VII de la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international, leur prescrivant d'appliquer « la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée à l'espèce », leur donne en réalité directement mission de découvrir, cas par cas, cette loi : seule une loi matérielle, et non une règle de conflit, peut, sans détour inutile, être appropriée à une espèce donnée.

324. — Un tel laxisme dans la norme de désignation du droit applicable, de la part d'un système comme le système français ou, plus généralement, de tous ceux qui abandonnent au juge cette opération, permet-il d'y reconnaître encore l'existence d'une règle de conflit de lois ? La règle de rattachement n'a-t-elle pas pour caractères inhérents la stabilité et la rigidité ?

Il faut admettre que la prescription conduisant à rechercher, dans chaque cas, quelle loi a les rapports les plus étroits avec le contrat, nous éloigne considérablement des rattachements impératifs et traditionnels que connaissent des matières telles que l'état des personnes ou la condition des biens, pour ne prendre que ces exemples : pour celles-ci, le centre de gravité de la relation juridique est préalablement fixé, sans considération des circonstances propres à chaque espèce.

Malgré ces différences considérables, nous sommes tenu de reconnaître qu'il y a là *un ensemble de prescriptions possédant*, en dépit d'un laxisme certain, *la fonction, sinon les caractères de toute règle de rattachement* et devant ainsi, sans abus, s'en voir attribuer la qualité. L'opération que conduit le juge est bien, en effet, un rattachement, lien juridique établi comme un pont entre, d'une part, l'acte juridique, d'autre part, la loi d'un Etat. Si la recherche présente quelque particularisme, c'est en raison de son objet, le contrat, qui ne se prête pas à une localisation matérielle déterminable *ne varietur* — contrairement à ce qu'estiment certains législateurs —, mais à une localisation purement intellectuelle faite dans chaque cas considéré, aucune loi n'étant prédestinée à s'appliquer, en raison de tel ou tel élément de l'espèce.

(107) Cf. *supra*, n° 301.

325. — Une certaine évolution semble au reste se dessiner, favorable à un caractère, sinon plus impératif, du moins plus affirmé de cette règle de conflit. Elle aurait l'avantage, sans mener à des règles rigides que nous n'estimons pas souhaitables en raison de leur trop grande généralité, d'assurer une certaine prévisibilité des solutions. C'est ainsi, notamment, que la Cour de cassation, dans l'arrêt décidément important à tous égards, rendu le 6 juillet 1959, a cassé l'arrêt rendu par la Cour de Rabat parce qu'il avait appliqué au contrat de vente conclu entre la Société des Fourrures Renel et la dame Allouche le Dahir marocain des obligations et contrats, « sans s'expliquer sur les raisons pour lesquelles il y avait « lieu de soumettre en l'espèce la convention litigieuse à la loi marocaine » (108).

On peut penser qu'ainsi la Cour de cassation s'achemine vers l'établissement d'un contrôle exercé sur l'appréciation des juges du fond, tel celui qu'opère — dans un système en tous points comparable au nôtre — l'Aréopage, Cour suprême hellénique, qui, malgré la souplesse caractérisant le système grec, « entend secouer la tendance des juges du fond à s'empresse de se prononcer sur le droit applicable aux contrats, à la suite d'un raisonnement trop sommaire » (109).

B. — DUALITÉ LIMITÉE DE RÉGIME.

326. — Nous avons jusqu'ici laissé en suspens certains problèmes concernant le régime de l'application d'une loi au contrat. Ce sont essentiellement ceux dont la solution est disputée entre les doctrines objectiviste et subjectiviste (110) : possibilité pour les parties au contrat d'échapper aux dispositions impératives de la loi compétente et, notamment, à la nullité encourue selon cette dernière ; conséquence des modifications de la loi désignée pour régir le contrat ; admissibilité du renvoi.

Si notre thèse n'était qu'un compromis entre les deux tendances que nous venons de rappeler, nous devrions exposer un strict dualisme des solutions sur ces points particuliers : les parties à un contrat international choisissant leur loi seraient aptes à en écarter les dispositions impératives, ainsi que les modifications

(108) *Revue*, 1959.708, note H. Batiffol. — Voir également, de M. BATIFFOL, la note à la *Revue*, 1967, p. 337. L'arrêt précité (*supra*, n° 309) de la Cour de cassation en date du 29 juin 1971, affaire *Nassar* (*Clunet*, 1972.51, note P. Kahn), a cependant consacré de nouveau le pouvoir *souverain* que possèdent les juges du fond à l'effet d'apprécier les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat. On ne peut que regretter une telle affirmation.

(109) D. EVRIGÉNIS et P. DRAKIDIS, « Chronique de jurisprudence hellénique », *Clunet*, 1971, spéc. p. 331 et 335 et s., citant quatre arrêts récents de l'Aréopage, arrêts rendus en 1968, 1969 et 1970.

(110) Cf. *supra*, n° 289.

législatives et les règles de conflit appartenant au système dont relève cette loi élue. Des conséquences exactement opposées découleraient d'une localisation objective du contrat servant à déterminer, dans le silence des parties, la loi applicable. Mais une telle démonstration ferait fi de certains principes généraux qui entraînent à soumettre la plupart de ces problèmes, quelle que soit l'hypothèse considérée, à une solution unique. Ainsi, loin de faire œuvre de transaction, nous sommes amené, sur la base de l'admission d'une dualité simplement limitée des solutions, à résoudre ces mêmes questions — que nous allons à présent reprendre dans l'ordre — en dehors de tout appel aux théories subjectiviste et objectiviste.

1^o *Soumission aux dispositions impératives de la loi déclarée applicable, ou choisie comme telle.*

327. — Dans la mesure où une telle loi n'admettant pas de dérogations aux préceptes qu'elle pose entre dans le domaine propre de la loi contractuelle, sans faire l'objet d'un rattachement différent (111), le contrat international lui demeure certainement soumis.

Cela est évident dans l'hypothèse où la loi régissant le contrat est déterminée en dehors de la volonté des parties. Ce ne l'est pas moins lorsque les parties ont choisi elles-mêmes la loi destinée à régler leurs rapports. Ce qui peut être, ainsi, considéré comme une limite à l'autonomie des parties découle très naturellement du rejet de la doctrine du contrat sans loi, dont la possibilité reconnue aux parties d'adopter, dans la loi choisie les dispositions qui leur conviennent le mieux, entraînerait au contraire l'admission.

La liberté octroyée aux parties à un contrat international ne se ramène pas, en effet, à la liberté des conventions du droit interne : sa substance est de permettre aux parties de choisir le droit sous lequel elles désirent se placer. Mais elle leur permet seulement de s'y soumettre, cette soumission étant entendue de celle au système juridique élu en son entier, y compris ses dispositions impératives. Une formule telle que celle de l'article 13, alinéa 1, du Projet Benelux de 1969 est nette à cet égard, disposant que « les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives » (112).

328. — Il faut aller plus loin et admettre que, dans l'une ou l'autre hypothèse, indifféremment, la loi appelée, par choix volontaire ou détermination objective, à régir le contrat peut l'*annuler*.

Si cette solution est, encore ici, évidente lorsque la loi applicable est déterminée par le législateur ou le juge, la question a été très débattue s'agissant d'une loi choisie par les parties. Mais, outre

(111) Comme c'est le cas des lois de police : voir *supra*, n° 70.

(112) Voir le texte à la *Revue*, 1969, p. 358.

que la possibilité d'annulation du contrat est une conséquence logique de la soumission de ce contrat à la loi choisie par les parties dans l'intégralité de ses dispositions (113), son admission n'est pas, comme on l'a prétendu, une absurdité.

On a voulu, en effet, y voir « une absurdité implicite consistant à admettre que les contractants ont voulu annuler par avance le contenu de leur volonté » (114) : « comment ne pas tenir pour démentement une liberté dont l'usage conduit à condamner le but qu'on veut atteindre ? » (115). Nous ne voyons, pour notre part, nulle absurdité, nulle démençe. Fréquemment, en droit interne, les parties nouent des relations illicites, annulables. Pourquoi en irait-il différemment en droit international privé ? Au nom de quel principe, sinon de celui d'une liberté que rien ne pourrait restreindre ? La soumission illimitée du contrat à la loi d'un Etat, qu'il appartient aux contractants de choisir, entraîne cette nécessaire conséquence. Aucune objection logique ne peut en être soulevée (116), mettant en doute la volonté des parties de se lier valablement : est-ce parce que des époux contractent une union invalide, de bonne foi, qu'ils en ont moins voulu pour cela se marier ?

La Cour de cassation a récemment, et à juste titre, consacré cette possibilité d'annulation d'un contrat international par application de la loi choisie par les parties, dans un arrêt *Sté Cametz c. Rousset* du 28 juin 1966 (117).

2° *Soumission aux modifications de la loi déclarée applicable, ou choisie comme telle.*

329. — La modification envisagée peut être l'œuvre du législateur ayant posé la loi même qui se trouve modifiée. De cette hypothèse ordinaire, posant un problème fort connu du droit international privé des contrats, se distingue celle dans laquelle la modification législative résulte, par l'effet d'un changement de souveraineté sur le territoire, de la substitution d'un système juridique, d'une loi, à un (une) autre.

330. — a) Lorsque la loi déclarée ou reconnue applicable a simplement été *modifiée* par le législateur qui l'avait édictée, il s'agit de savoir si les contractants sont liés par la loi telle qu'elle

(113) Cf. *supra*, n° 327.

(114) J. TROUSSET, *L'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie par les parties*, thèse, Paris, 1961, p. 40.

(115) P. LOUIS-LUCAS, *préc.*, *Mélanges Dabin*, t. II, p. 764.

(116) Voir cependant : H. BATIFFOL, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Contrats et conventions*, nos 41 et s.

(117) *Revue*, 1967.334, note Batiffol. Il n'y avait pas, à vrai dire, dans cette espèce, de clause expresse relativement au droit applicable. Mais la Cour, fondant la désignation de la loi française, à la suite des juges du fond, sur la volonté des parties, on peut légitimement penser que la même solution serait consacrée en cas de choix explicite.

était au jour de la conclusion du contrat ou bien en son état au jour où surgit une difficulté relative à son application au contrat.

On prétend souvent résoudre la question en faisant appel, soit à la volonté des parties, soit aux limites qui enserrent celle-ci. On dira ainsi, dans un sens, que les dispositions nouvelles de la loi compétente ne peuvent s'appliquer au risque de déjouer les prévisions les plus légitimes des parties, qui se sont déterminées en contemplation de la teneur concrète de la loi, et non en fonction d'une compétence abstraite de celle-ci. Insistant sur les limites posées à cette volonté, on exposera au contraire que les parties n'ont fait que se soumettre à un système législatif susceptible de se modifier, ou, encore, que leur choix n'ayant pu porter que sur la localisation de l'acte, elles doivent nécessairement subir les aléas de la variation de cette législation.

Les partisans de la localisation concluent généralement en ce dernier sens, en ajoutant cet argument selon lequel, admettre (ou, pour les parties, stipuler) que le contrat restera soumis à la loi désignée sans qu'il soit tenu compte de ces modifications ultérieures signifierait « que le contrat ne sera plus soumis à la loi d'un Etat existant à partir de cette modification ou abrogation » (118).

Cette argumentation est fallacieuse : *le droit transitoire interne* connaît le principe de la « *survie de la loi ancienne* » en matière de contrats qui permet de faire demeurer ceux-ci, malgré le changement ou l'abrogation de la législation, sous l'empire du droit ancien. On n'en conclut pas pour autant que de tels contrats sont détachés de toute législation, sont des contrats sans loi. Simplement, pour des raisons de sécurité juridique des transactions, il a paru bon de ne pas bouleverser par n'importe quelle intervention du législateur, les prévisions les plus légitimes des contractants.

331. — Ceci nous oriente vers la solution juste et raisonnable du problème : comme on l'a démontré avec une certaine pertinence (119), celui-ci n'est pas un problème de conflit de lois dans l'espace, mais *un problème de conflit de lois dans le temps* devant, comme tel, se résoudre par l'application du droit transitoire de la *lex causae* : « Le problème de droit international privé est épuisé dès que la loi compétente est déterminée, que ce soit par une interprétation objective du juge ou par la méthode subjective de la volonté des parties... il ne fait aucun doute que le problème de l'application des lois futures fait partie du droit de fond » (120).

Il s'ensuit deux conclusions. La première est que la solution résultant de l'application du droit transitoire est valable quelle que soit la source du droit applicable, choix ou absence de choix des

(118) PEYREFITTE, D., 1965, p. 115, préc., et H. BATIFFOL, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o Contrats et conventions, n^o 37.

(119) Cf. J. TROUSSET, thèse préc. de 1961, p. 153 et s.

(120) J. TROUSSET, *id.*, p. 157.

parties. Ensuite, le principe est, en droit français, celui de la survie de la loi ancienne, principe subissant une exception lorsque la loi nouvelle, en raison des objectifs généraux et pressants qu'elle veut atteindre, se déclare expressément applicable immédiatement aux contrats en cours. En vertu de ce principe, nous serions en droit d'exiger du législateur étranger — à supposer qu'une loi étrangère fût la *lex causae* — une déclaration formelle de son intention de porter atteinte aux contrats en cours, d'une part, et de refuser, d'autre part, toute rétroactivité qui nous paraîtrait abusive, et ce au nom de l'ordre public français. Quant à la licéité des clauses par lesquelles les parties décident de « geler » le droit applicable en son état à une époque donnée, elle nous paraît condamnée par les principes supérieurs du droit transitoire interne qui ont une vocation à s'appliquer du moins tant qu'une autre règle de droit international privé matériel n'aura pas expressément accordé cette faculté aux parties à un contrat international.

332. — La jurisprudence n'est pas très explicite en ce domaine. Le problème s'est surtout posé à propos de la validité des clauses-or dans les emprunts internationaux et de l'effet, à leur égard, de l'intervention du législateur posant des prohibitions de semblables clauses — tels le *Gold Clause Act* canadien de 1937 ou la *Joint Resolution* américaine de 1933 — particulièrement impératives et certainement applicables aux contrats en cours. Les quatre hautes juridictions confrontées, à notre connaissance, à ce problème — Cour de cassation française (121), Cour de cassation belge (122), *Reichsgericht* allemand (123) et Haute Cour des Pays-Bas (124) — ont ainsi conclu à l'applicabilité de principe de la loi nouvelle étrangère, l'application effective en étant cependant repoussée en France par une règle de droit matériel propre aux contrats internationaux et en Allemagne par l'effet de l'exception d'ordre public international (125).

La question s'est au contraire souvent élevée dans le domaine, voisin de celui des contrats, des *régimes matrimoniaux* (126) et la

(121) Arrêt des *Messageries maritimes* du 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609, note Batiffol.

(122) 24 févr. 1938, D.P., 1938.2.57, note Philonenko.

(123) 28 mai 1936, *Clunet*, 1936.951, note K. Wolff.

(124) 13 mars 1936, *Revue*, 1936.733.

(125) Cpr. avec l'arrêt de la Chambre des Lords du 15 mars 1937, D.P., 1937.2.73, note Hamel, celui de la Cour mixte d'Alexandrie du 18 févr. 1936, D.P., 1936.2.78, note L. Mazeaud. — Voir également Cass. civ., 24 avr. 1952, C.F.A.O., *Revue*, 1952.502, note Motulsky.

(126) Pratiquement le problème s'est posé dans le cas d'époux ayant quitté leur pays d'origine, pays de l'Est, dans lequel la législation s'est trouvée modifiée postérieurement à ce départ : affaire *Lamel*, Paris, 2 juill. 1954, *Revue*, 1954.811, note Batiffol ; *Roguinski*, Aix, 22 mars 1955, *Revue*, 1956.274, note Y. Loussouarn ; *Braescu c. veuve Bercovici*, Fort-de-France, 21 juin 1962, *Revue*, 1963.724, note G. Droz ; *Cismigiu*, Trib. gr. inst. Seine, 18 avr. 1966, *Revue*,

jurisprudence s'est orientée vers l'application, aux relations patrimoniales des époux mariés sans contrat sous l'empire d'une certaine loi, de la loi nouvelle instaurant, le plus souvent, un nouveau type de régime légal, sauf lorsque « la législation nouvelle émane d'un pays avec lequel le réfugié a rompu toute attache » (127). Le problème se pose cependant en des termes assez différents car, comme l'a remarqué la Cour de Paris dans l'affaire *Lamet* (128), une consécration extrême de l'autonomie de la volonté « aboutirait à des conséquences inadmissibles lorsque, comme en l'espèce — et c'est toujours le cas qui s'est présenté — les rapports patrimoniaux des époux ne comportaient au moment du mariage aucun élément de caractère international et s'est située exclusivement sur le plan du droit étranger interne ». Tout se passera donc comme si les époux n'avaient jamais quitté leur pays d'origine, sauf s'ils acquièrent une nationalité différente de leur nationalité d'origine ou la qualité de réfugiés, perdant alors tout lien avec leur pays d'origine.

Il n'en va pas différemment en matière de contrats, car si la norme de conflit de lois détermine le rattachement, seul le droit transitoire indique le droit du moment de la stipulation (129). Ainsi, la soumission du contrat à une loi étatique doit s'entendre, la volonté des parties fût-elle à la base de cette soumission, comme le respect total de cette loi, y compris de son droit transitoire.

333. — b) Nous aboutirons cependant à une conclusion différente, à une dualité de régimes, lorsque la modification législative ne se produit qu'en conséquence d'un changement ou d'un bouleversement politique, d'un *changement de souveraineté* sur le territoire. Le cas s'est produit récemment en suite de l'accession à l'indépendance de l'Algérie qui a entraîné la substitution, sur le sol algérien, de la loi algérienne à la loi française.

Si, dans une première hypothèse, le contrat se trouve localisé en Algérie, sans que les parties aient pris soin de se référer à une loi applicable, il ne fait pas de doute que la loi algérienne, loi nouvelle, s'appliquera au contrat, même conclu avant l'indépendance (130).

Mais si, le contrat se trouvant objectivement localisé en Algérie, les parties qui l'avaient conclu avant l'indépendance avaient expressément choisi une loi applicable, la loi française, par exemple, ce

1967.323, note Patarin, et, sur appel, Paris, 9 janv. 1968, *Revue*, 1969.69 ; *Païtchadze*, Paris, 3 févr. 1968, *Clunet*, 1968.738, obs. B. G. et, sur pourvoi, Cass. civ., 1^{re} déc. 1969, *Clunet*, 1970.306, note Ponsard. — Voir B. GOLDMAN, « Les conflits de lois dans le temps en droit international privé », *Cours de l'I.H.E.I.*, 1970-71.

(127) Extrait de l'arrêt *Païtchadze*, Paris, 3 févr. 1968, préc.

(128) Préc.

(129) Cf. DE NOVA, *Revue*, 1953.128 ; G. DROZ, note à la *Revue*, 1963, spéc. p. 732-734 et C. GAVALDA, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, nos 254 et s.

(130) Cf. Amiens, Ch. réun., 25 mai 1970, *Clunet*, 1971, p. 86, note J. D. I. — Cpr. avec Aix, 2 déc. 1965 et 24 mars 1966, *Clunet*, 1966.108, note Bredin.

choix devrait être respecté et la modification sans effet : les parties ont, en effet, comme elles en ont le droit en vertu d'une règle de droit international privé matériel, choisi le système juridique sous lequel elles placent leurs rapports conventionnels. Si nous admettons que ce choix ne supporte pas de demi-mesures et emporte notamment le respect nécessaire des règles impératives comme du droit transitoire de la *lex contractus*, nous refusons d'admettre qu'il soit complètement déjoué, et qu'au système choisi par les parties se substitue un autre système juridique (131).

3° *L'admission du renvoi.*

334. — Des raisons analogues vont nous conduire, sur le difficile problème de l'admission ou du rejet du renvoi en matière contractuelle, à opérer une semblable distinction.

Le *droit international privé français* semble exclure le renvoi du domaine contractuel (132). *De lege ferenda*, le troisième projet

(131) Voir Toulouse, 24 janv. 1966, D., 1966.609 ; Trib. com. Nice, 20 janv. 1965, *Clunet*, 1965.904, note Bredin et Paris, 10 juill. 1965, *Clunet*, 1966.359, note Bredin, et la Communication de M. Verdier au Comité français de Droit international privé, « L'indépendance de l'Algérie et le droit international privé » du 20 janv. 1967, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 35, spéc. p. 45-47.

L'arrêt précité de la Cour de Paris (10 juill. 1965) dément cependant notre thèse, car il applique la loi française à un contrat conclu postérieurement à l'indépendance mais constituant le simple renouvellement d'un contrat antérieur, conclu et exécuté en territoire français, en raison de « la volonté des parties qui « n'avait même pas été exprimée, tellement elle était naturelle, de soumettre leurs « relations, nées de ce contrat, à la loi française ». Cf., toutefois, dans le sens indiqué au texte, Trib. gr. inst. Seine, *S.N.E.P. c. Robe*, 23 févr. 1966 (*Revue*, 1967.130, note R. Dayant) : « les baux... ont été passés à une époque antérieure à l'indépendance de l'Algérie ; ils ont été soumis à la loi française par les parties et ils « sont restés soumis à celle-ci après cette indépendance ».

(132) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, 5^e éd., t. I, nos 311-312. Cette position ne serait pas, au reste, isolée : le *droit anglais* dont on doutait, après l'arrêt *Vita Foods Product Inc. v. Unus Shipping Co* (1939) A.C., 277, qu'il admit le renvoi en matière d'obligations, l'a définitivement rejeté dans l'arrêt *United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* (1959), 2 W.L.R., 251, selon qui le principe du renvoi ne trouve pas place dans le domaine contractuel (« The principle « of renvoi finds no place in the field of contract ») : voir la décision rapportée au *Clunet*, 1961.1136, obs. K. Lipstein, ainsi que dans une décision *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd and Thornton* de la Cour suprême de Colombie britannique (8 mars 1960, W.W.R., t. 61, 1960.597 et *Revue*, 1961.157, note Castel). La doctrine est conforme : HALSBURY, *Private International Law*, 3^e éd., t. VII, p. 11 ; FALCONBRIDGE, *Essays on the conflict of laws*, Toronto, 1954, p. 142.

Le *droit suisse*, depuis un arrêt du Trib. féd. du 21 oct. 1955, *Guaranty A.G. c. Astra* (A.T.F., 81.II.391), le rejette également en toute hypothèse, suivant en cela la doctrine de F. VISCHER, « Internationales Privatrecht » in *Schweizerisches Privatrecht*, Stuttgart und Basel, 1969, p. 527.

Enfin, bien que généralement favorable au renvoi, la position du *droit soviétique* est analogue : ainsi, la sentence, déjà citée, rendue par la Commission d'arbitrage pour le Commerce extérieur de l'U.R.S.S. en 1966 (*Revue*, 1971.470, note P. Francescakis) affirme que « quelle que soit la solution de cette question « d'après le droit anglais des conflits de lois, l'admission du renvoi dépend... uniquement de la loi soviétique de conflit de lois et celle-ci, en accord avec la doc-

français de codification du droit international privé le rejette formellement (133). La jurisprudence n'a cependant pas pris parti dans ce débat où se retrouvent naturellement les arguments tirés de la volonté des parties — axée autour de la teneur du droit choisi —, et ceux de l'application sans partage du système juridique objectivement applicable au rapport contractuel.

Les seuls arrêts de la Cour de cassation qui seraient de quelque intérêt ont été rendus en matière de régimes matrimoniaux et sont d'interprétation délicate — tant pour les régimes matrimoniaux eux-mêmes que, *a fortiori*, pour l'extension de la solution aux contrats —, comme en témoigne la divergence des appréciations que les auteurs ont portées sur eux.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'est refusée à faire jouer le renvoi, mais l'arrêt *Balsan* (134) et encore le plus récent arrêt *Lardans* (135) ont été tour à tour, selon les auteurs, considérés comme contenant une exclusion de principe du renvoi (136) ou comme ne réalisant qu'un refus d'espèce, justifié par les circonstances peu favorables à son admission (137).

Aucun des commentateurs de cette dernière espèce — *Lardans* — n'a laissé échapper l'occasion de se demander si l'arrêt devait être entendu dans le sens d'une exclusion du renvoi en matière de contrats. Pour M. Ponsard, une telle exclusion paraît certaine et générale.

« trine établie et la pratique, n'applique pas le renvoi aux différends nés de transactions de commerce international, sauf pour les cas envisagés dans les traités « internationaux... ». La Commission se conforme ainsi à la doctrine exprimée notamment par M. Lunz (au demeurant arbitre dans cette affaire) : *Internationales Privatrecht*, t. I, Berlin, 1961, p. 237 et s. En effet, pour M. Bogouslavski, par exemple, « Il convient de considérer le choix de la loi par les parties comme le choix du droit matériel d'un Etat donné et non comme l'expression de leur désir de soumettre également le contrat au droit des conflits de lois du système juridique choisi par elles... » (*Clunet*, 1971, p. 381).

(133) Art. 2284 ; le renvoi est également rejeté en matière de forme des actes et de régimes matrimoniaux.

(134) Cass. req., 18 juill. 1905, *Revue*, 1906.200.

(135) Cass. civ., 27 janv. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16407, note J. Foyer ; *Revue*, 1969.710, note Derruppé ; *Clunet*, 1969.647, note Ponsard.

Dans cette espèce, deux époux tchèques s'étant mariés en Tchécoslovaquie avant de s'établir en Autriche, puis en France, la dame *Lardans* soutenait l'application des règles de conflit autrichiennes renvoyant à la loi nationale du mari, ce qui lui permettait de réclamer le bénéfice du régime communautaire tchécoslovaque. L'arrêt de la Cour d'appel attaqué, relate la Cour de cassation, a directement répondu à ses conclusions pour les rejeter « en appliquant la loi substantielle autrichienne aux motifs que la localisation à Vienne des intérêts matériels des époux... était révélatrice de la volonté tacite [de ceux-ci] de soumettre leur statut matrimonial au régime autrichien de la séparation de biens... qu'au surplus le choix de ce régime... qu'ils connaissaient en Autriche... leur évitait les incertitudes du régime légal tchécoslovaque qui dépendait de l'indigénat... et de l'état de roturier ou de noble ». La Cour de cassation, rejetant le pourvoi, fait siennes ces constatations.

(136) En ce sens : notamment A. PONSARD, note préc., et, également, H. BATIFFOL, *Traité*, t. II, n° 619 bis.

(137) Voir, pour cette opinion, J. DERRUPPÉ, note préc.

Cette dernière opinion semble bien avoir reçu la consécration de la Cour suprême dans un arrêt *Dame Gouthertz* du 1^{er} février 1972 (138), qui approuve la Cour d'appel d'avoir déduit de l'analyse des faits d'espèce — très proches de ceux de l'affaire *Lardans* — « que le choix du régime dépendant de la volonté expresse ou implicite des époux, ceux-ci n'ont pu se référer qu'à la loi interne russe » à l'exclusion des règles russes de conflit de lois dont elle déclare « qu'il n'est pas raisonnable de penser qu'ils aient soupçonné l'existence » et rejette le pourvoi.

On a voulu voir dans cette décision l'arrêt de principe tant attendu en ce domaine, de nature à mettre fin à toute controverse, et déduire de ses motifs « la conséquence ultime que la Cour de cassation condamne d'une façon générale le renvoi en matière contractuelle et non pas simplement pour le contrat de mariage » (139).

335. — Nous ne saurions souscrire à cette opinion. L'arrêt du 1^{er} février 1972 écarte certes le renvoi dans un domaine où le droit français admet l'autonomie de la volonté, dans une espèce où cette volonté ne s'était précisément pas exprimée : la décision semble donc aller directement à l'encontre de notre thèse qui voudrait qu'en une telle occurrence le renvoi joue.

Toute la décision repose cependant sur une équivoque, que nous avons dénoncée, en s'attachant, à la suite des juges du fond, à la notion de *volonté implicite* des parties (140). Si l'on doit accorder aux circonstances d'une espèce donnée la valeur d'une manifestation — tacite, sinon hypothétique — de la volonté, tout se passera comme si cette volonté s'était réellement exprimée : le renvoi ne jouera pas, et nous sommes, sur ce point, en accord.

Nous estimons donc que l'arrêt *Gouthertz* ne résout pas la difficulté, et que la jurisprudence n'en viendra pas à bout tant que ne

(138) *J.C.P.*, 1972.II.17096, concl. Gégout ; *Clunet*, 1972.594, note P. Kahn.

(139) P. KAHN, note préc., p. 596-597. L'auteur pouvait au reste s'autoriser des conclusions de l'avocat général Gégout qui, estimant que tout arrêt doit, pour être apprécié dans sa portée, être rapproché du libellé du pourvoi, notait que l'arrêt *Lardans* n'était pas un arrêt de principe, et engageait expressément la Cour de cassation à ce que « se trouve réglée, par son exclusion, la question du renvoi en matière de régime matrimonial légal ». Il se montrait au surplus hostile au principe du renvoi en toute matière où joue l'autonomie de volonté, mais marquait à cet égard une certaine prudence réservant l'avenir puisque « La Cour de cassation ne fait pas œuvre de doctrine ; elle se limite aux moyens du pourvoi qui lui sont soumis ; elle attend d'autres occasions pour examiner d'autres cas de renvoi ».

(140) M. Kahn estime que « quand les parties désignent une loi (expressément ou implicitement) pour régir leur contrat (de mariage), elles ne désignent que des dispositions de droit matériel interne et non des règles de conflit de lois... » (*op. cit.*, p. 597). Cette assimilation de la volonté expresse à la volonté tacite est abusive et, en certain sens, rétrograde, et tous les faits de l'espèce comme les termes du débat prouvent à l'encontre que, précisément, les parties n'avaient rien choisi. On se trouvait donc dans l'hypothèse de droit commun dans laquelle on recourt à la localisation, soit à une règle de conflit ordinaire.

sera pas consacré l'abandon de ces fictions périmées que sont les notions de volonté présumée, implicite ou tacite...

Ce dernier état de la jurisprudence ne peut donc que souligner l'insuffisance et l'insécurité des solutions reçues en matière de régimes matrimoniaux.

De plus, rien ne justifie qu'un arrêt qui rejette un pourvoi fondé simplement sur une contradiction de motifs et une dénaturation des éléments de la cause en reprenant les termes de l'arrêt attaqué, soit érigé en décision de principe à caractère général, valable non seulement pour la question de régime matrimonial soulevée en l'espèce, mais, au-delà de ses termes, pour tout le domaine contractuel.

Le renvoi est en effet une bonne technique qui doit s'inscrire au rang des principes généraux d'interprétation du droit international privé français. Aussi plus intéressante nous paraît la conception de M. Derruppé qui estimait (141) que le renvoi, loin d'être systématiquement exclu par les termes de l'arrêt *Lardans*, doit se concilier avec la volonté exprimée des parties — ce qui nous semble être le sens réel de la jurisprudence —, quelque faveur que réserve, de façon générale, cet auteur au principe du renvoi. La critique menée à l'endroit de la conception de M. Derruppé par M. Jacques Foyer (142) n'est pas décisive, car la position de ce dernier n'est guère différente : cet auteur ne fonde, en effet, son exclusion du renvoi en matière contractuelle — exclusion qu'il jugeait toutefois prématuré de déduire de la décision *Lardans* elle-même — que sur la volonté des parties, ce dont il déduit que sa solution est valable même dans l'hypothèse d'une localisation objective du contrat.

Nous estimons pour notre part que la considération de la volonté des parties, est, en effet, le principe de solution véritable. Lorsqu'elle s'est exprimée, il ne fait pas de doute qu'une consultation des règles de conflit du système désigné provoquerait un rebondissement de compétence qui, entièrement étranger aux prévisions des parties, « méconnaîtrait leur volonté effective, détentrice du droit de décider » (143).

A cela s'ajoute un argument d'ordre théorique : le choix exprès des parties est fondé sur une *règle de droit international privé matériel*, non sur une règle de conflit de lois. Or le renvoi est un mode de solution des conflits entre les règles de conflit, non entre règles de conflit et règles du droit international matériel. La logique veut donc que, comme l'estiment généralement les auteurs, le renvoi soit exclu en cas de choix exprès, par les parties, du droit applicable (144).

(141) Note préc. à la *Revue*, 1969.710.

(142) Note préc.

(143) P. LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 757.

(144) Cf. P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern.* Dalloz, V^o Renvoi, n^o 9 : « Les règles de droit international privé dans lesquelles le raisonnement propre au renvoi trouve normalement sa place sont les règles de conflit de lois. Ce sont

Au contraire, la localisation objective est bien, elle, une règle de conflit, et doit nécessairement fonctionner avec le correctif du renvoi dans le but d'une harmonisation internationale des solutions. On ne saurait, ici, objecter que son admission risque de fausser la prévision des parties car celles-ci n'ont précisément *rien prévu*. Aussi, aucun principe du droit positif, aucune raison logique, ne s'y opposant jusqu'à présent, admettons-nous *la possibilité, mieux, l'utilité du renvoi en matière contractuelle lorsque la loi applicable à l'acte est déterminée autrement que par la volonté expresse des parties*. On retrouve ainsi toute la substance de la distinction, à juste titre posée, entre *la teneur* et *la vocation* de la loi comme élément directeur du choix de cette dernière (145).

N'y a-t-il pas un certain illogisme — que l'on pourrait nous reprocher — à admettre d'un côté l'application du droit transitoire, à repousser de l'autre celle des règles de conflit de la *lex causae*, droit transitoire et règles de conflit formant, avec le droit matériel, le tout d'un système juridique donné ? Ce ne l'est en aucune manière, car il ne s'agit pas de règles de même nature. Au surplus, l'application du droit transitoire ne déjoue pas les prévisions des parties, même si elle les déçoit au fond, parce qu'elle respecte leur volonté de se soumettre à *la loi d'un certain pays donné*, alors que la consultation des règles de conflit, en les faisant *changer de système juridique*, bouleverserait leur option.

336. — Cette différence de régime dans l'appel au jeu du renvoi en matière de contrats n'est pas, en droit comparé, chose inconnue. Ainsi, à la différence du droit soviétique (146), la *loi tchécoslovaque*

elles seules, en effet, qui présentent le caractère de désigner comme applicable une loi étrangère, et c'est donc à leur propos que raisonnent régulièrement la doctrine comme la jurisprudence ».

(145) Cf. LOUIS-LUCAS, *Revue*, 1964.1 : « *Vue simplifiée du renvoi* ». — Au surplus, l'auteur de l'ouvrage des plus illustres consacré au renvoi, M. Francescakis, n'a pas une opinion différente de la nôtre.

Notant que l'emploi d'indices, comme en connaît le système français, dans la détermination de la loi applicable au contrat « correspond à une série de règles de conflit spéciales », cet auteur estime que le renvoi ne saurait être exclu dans l'application de ces règles. Pour lui, « l'admission du renvoi en tant que principe général entraîne aussi son admission en matière de contrat. Il en serait ainsi quelle que soit la méthode employée pour la recherche de la loi applicable, à l'exception peut-être de la méthode de la *proper law* », et, finalement, « les auteurs qui soustraient les contrats à l'emprise du renvoi seraient en somme des anti-renvoyistes qui s'ignorent » (note préc., *Revue*, 1971, p. 491-492).

On peut ajouter que ces derniers auteurs, lorsqu'ils sont, comme M. Batiffol, attachés à la « thèse de la localisation » donc à une conception qui se veut parfaitement objective de la règle de conflit qui est censée intervenir, règle de conflit pareille à toute autre, ne sont pas logiques avec eux-mêmes lorsqu'ils rejettent le renvoi : cette exclusion ne prend en effet son sens que dans le cadre d'une conception subjectiviste des rapports contractuels.

(146) Voir *supra*, n° 334, note 132. — M. BOGUSLAVSKI, dans sa note précitée, élimine toute différence de régime en exprimant que, en droit soviétique « l'on n'applique pas *non plus* le renvoi lorsque les parties n'ont pas exprimé l'intention de soumettre l'acte juridique au droit d'un Etat donné. L'application de la loi

du 4 décembre 1963 dispose que « les règles de conflit prévues par la législation choisie ne sont pas prises en considération, à moins qu'une autre prévision ne ressorte de la déclaration de volonté des parties » (art. 9, al. 2) dans le seul cas d'un choix exprès de la loi. L'exclusion du renvoi est d'autant moins générale que le texte même que nous venons de citer permet aux parties d'en disposer autrement (147).

337. — Plus caractéristique apparaît la position adoptée par la *jurisprudence allemande* qui admet nettement une dualité jouant au profit de l'admission du renvoi en cas d'absence de déclaration de volonté des parties. Application en a été faite, notamment, dans l'important arrêt rendu le 14 février 1958 par le *Bundesgerichtshof* (148).

La motivation de cette décision est pleine d'intérêt, car la demanderesse au pourvoi, s'appuyant sur l'opinion de Raape, s'opposait au renvoi. La Cour exprime son opinion sur cette doctrine « qui ne « fait pas une juste part aux points de vue fondamentaux du droit « international privé allemand... et méconnaît que la loi allemande « ne prévoit le rattachement au lieu d'exécution qu'à titre de règle « subsidiaire qui est primée par la volonté des parties ». Elle souligne que le renvoi « qui a fait ses preuves » aboutit en l'espèce au résultat satisfaisant qui consiste en l'application de sa propre loi par le juge allemand — avantage du renvoi au premier degré également souligné par la Cour de cassation française.

On peut en rapprocher avec profit la solution consacrée législativement dans le nouveau *Code civil portugais*, entré en vigueur le 1^{er} juin 1967. Le droit portugais, selon ce Code, exclut par principe le renvoi (art. 16), sauf lorsqu'il aboutit à la désignation d'une loi tierce qui se reconnaît elle-même compétente (art. 17 al. 1), ou à la désignation du droit interne portugais (art. 18 al. 1). Mais, assez curieusement si l'on considère ce point de départ, le renvoi subit des restrictions en matière de statut personnel (art. 18 al. 2), mais n'en connaît pas qui soit de principe en matière d'obligations.

Et, adoptant ainsi une position originale, le Code civil portugais rejette de nouveau le renvoi « si la loi étrangère a été désignée par les intéressés, dans les cas où cette désignation est permise » (art. 19 al. 2). Ce texte consacre ainsi les conséquences du dualisme qu'il établit par ailleurs dans la désignation de la loi contractuelle (par

du lieu de conclusion du contrat doit être considérée comme l'application du droit matériel et non du droit des conflits de lois » (op. cit., p. 381).

(147) La portée de ces dispositions s'éclaire encore mieux à la lecture de l'article 35 de cette même loi qui accepte favorablement le principe du renvoi s'il correspond à « un règlement raisonnable et équitable du rapport juridique concerné » ; cf. Z. KUCERA, « La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 n° 97 du Recueil des lois sur le droit international privé et de procédure », *Clunet*, 1966, p. 783 et s., spéc. p. 795.

(148) *Revue*, 1958.542, note Mezger.

volonté des parties selon l'article 41 alinéa 1, ou mise en œuvre d'une règle de conflit supplétive selon l'article 42) (149).

Ainsi nous apparaît la portée, limitée, du dualisme admis dans la détermination des fondements de l'application d'une loi étatique à un contrat international donné — selon qu'il s'agit de la règle de droit international privé matériel permettant aux parties à un tel contrat de stipuler le droit applicable, ou de la règle de conflit subsidiaire permettant, dans le silence de ces mêmes parties, de le désigner. La prévisibilité des solutions escomptées par les contractants se heurte à certains principes généraux commandant, notamment, le respect des dispositions impératives ou des modifications de la loi compétente, qui représentent ainsi les seules dérogations au régime relativement très favorable qui doit être reconnu au « contrat de choix ». Elle ne peut, au contraire, être déjouée par une modification telle de la loi choisie qu'en fait un système juridique est substitué à un autre.

338. — Telles sont les modalités par lesquelles s'effectue un rattachement, qui demeure très largement le principe, du contrat à la loi étatique. Nous constatons que les efforts déployés par les particuliers, individus ou sociétés, participant à la vie économique internationale, contribuent, en concours avec le libéralisme jurisprudentiel, à rogner de façon importante l'emprise que prétend exercer le procédé du conflit des lois sur la matière contractuelle. Le libéralisme s'efface lorsque les contractants n'ont pas su y faire appel. Les efforts d'internationalisation plient devant l'insuffisance de la *lex mercatoria* (150). Le lien juridique établi entre le contrat et la loi d'un Etat, jusqu'alors voilé et comme tenu en réserve, revient à la lumière et la règle de conflit recouvre, dans l'intimité même du lien contractuel, le rôle qu'elle n'a cessé de jouer dans les domaines annexes de la capacité, des droits réels, des actes d'exécution ou des conséquences légales intéressant le contrat.

(149) Dispositions de droit international privé, Chap. III du Code civil portugais du 25 novembre 1966, texte à la *Revue*, 1968.369. — Cf. A. FERRER CORREIA, « La question du renvoi dans le nouveau Code civil portugais », *Estudos juridicos*, III, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1971, p. 205 et s.

Nous pourrions ajouter sans, évidemment, pouvoir en donner de plus précises références, que certaines sentences internationales, dont l'une rendue en 1970 sous la présidence de M. Mezger, ont également fait application de ce renvoi connu par les droits allemand et portugais en l'absence de toute manifestation expresse de volonté des parties au contrat.

(150) Insuffisance actuelle du moins, si l'on adopte un point de vue plus dynamique.

TITRE II

CERTAINES SOCIÉTÉS COMMERCIALES SONT-ELLES SOUSTRAITES AU RÈGLEMENT DES CONFLITS DE LOIS ?

339. — Le règlement des conflits de lois intéresse doublement la vie des sociétés commerciales, sur le plan international. Il concerne tout d'abord, et d'une manière qui n'est pas particulière aux sociétés, *leur activité*, déterminant la loi sous laquelle ces personnes morales s'engagent par leurs contrats ou leurs délits. Mais surtout, et c'est ce qui doit nous retenir, le conflit des lois définit le « *statut personnel* » des sociétés, ensemble des normes régissant la constitution, le fonctionnement interne, la représentation et la capacité de l'être moral (1).

Sous cet angle, « le droit commun admet qu'une société est un mode d'activité des personnes physiques qui se déploie en conformité de la loi d'un Etat » (2). Le problème central du conflit des lois sera donc ce rattachement de la société à la loi d'un Etat.

340. — De ce droit commun, les réalités économiques traduisant le rôle grandissant des sociétés dans le commerce international ne semblent plus devoir se satisfaire : « Le cadre purement national dans lequel l'enferment [la société] les législations des Etats a cessé de correspondre, dans bien des cas, au rôle qu'elle doit être appelée

(1) Ces questions ne sont pas les seules qui intéressent les sociétés, mais les autres : protection diplomatique, jouissance des droits ou soumission aux charges, se situent hors du domaine des conflits de lois, et nous ne les retiendrons pas ici.

(2) H. BATIFFOL, « Le changement de nationalité des sociétés », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 66.

à jouer ; qu'il s'agisse de créer des entreprises nécessitant la mise en œuvre de puissants moyens, d'exploiter des richesses ou des services communs à plusieurs pays, d'aider au développement d'Etats insuffisamment équipés, la société de droit national s'avère inadaptée » (3).

L'inadéquation du cadre juridique dans lequel doivent se mouvoir les sociétés au rôle ou à la structure qui sont les leurs apparaît donc comme une des manifestations — et non la moindre — de la crise actuelle des conflits de lois en matière de sociétés.

La tentation est grande, là encore, d'admettre les sociétés à se détacher de tout droit étatique : de même qu'il y aurait des contrats sans loi, il y aurait des *sociétés sans loi*, ou du moins sans loi d'un Etat (4). Le droit positif offre à cet égard une ébauche de solution en ce sens, si bien que s'opposent aujourd'hui, sur le plan international, deux types de sociétés : ce sont d'une part les « *sociétés internationales* » proprement dites, dénomination qui doit être réservée aux sociétés bénéficiant d'un statut qui, correspondant étroitement à leur vocation, les fait échapper au rattachement à un Etat déterminé. On peut en donner pour exemple EUROFIMA (Société Européenne pour le Financement du Matériel Ferroviaire), créée par la Convention signée à Berne en 1955 entre 14 Etats européens. Ce détachement de tout droit étatique — qui sera toutefois à vérifier — s'accompagne d'un rattachement direct à l'ordre juridique international qui opère un véritable dépassement du conflit de lois (Sect. I).

A côté de celles-ci demeurent toutes les autres sociétés dépourvues d'un tel statut : peuvent-elles, en raison de leur vocation économiquement internationale, « répudier tout rattachement étatique sur le plan législatif et juridictionnel et s'ériger en société internationale détachée de toute loi positive ? » (5).

Si les opinions s'affrontent sur le caractère opportun ou réalisable d'une réponse affirmative à cette question, le droit positif n'admet encore aucune possibilité pour ces sociétés de se dégager de l'allégeance par rapport aux droits nationaux : « un tel rattachement — compris comme un lien à la fois global et exclusif avec un Etat déterminé — reste, en dépit de toute controverse théorique, un instrument usuel de classement des personnes morales en droit positif... » (6).

(3) J. P. CALON, « La société internationale. Eléments d'une théorie générale », *Clunet*, 1961, p. 694. Outre le rôle économique, la structure internationale de certaines sociétés affectant leur capital, leurs associés, engendrant une multiplicité des lieux de fonctionnement, doit être considérée, cf. B. GOLDMAN, « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 320.

(4) Aussi certains auteurs joignent-ils fréquemment les deux problèmes que nous préférons, pour notre part, distinguer, l'aspect contractuel de la société étant un élément, en ce domaine, très secondaire.

(5) LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 304, p. 341.

(6) B. GOLDMAN, « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 320, note 1 et, pour la permanence de ce critère : *Droit du commerce international*, Cours polycopié 1970-71, p. 26 et s.

Pour ces sociétés, la solution précédemment dégagée des sociétés internationales par statut ne semble pas fournir une solution directe, sinon un principe de solution. Pour elles encore demeure le conflit de lois qui, lié aux fréquentes insuffisances des législations internes, peut poser des problèmes particuliers s'agissant des groupes multinationaux de sociétés (Sect. II).

341. — Une observation achèvera cette présentation des problèmes soulevés par l'activité ou l'aspect international de certaines sociétés. Nous retrouvons en effet ici deux tendances déjà rencontrées à propos des contrats internationaux. La première est la liaison établie entre le refus du droit national et la répudiation de la juridiction étatique : au détachement législatif doit se joindre, sous peine d'échec, un détachement juridictionnel par rapport aux Etats. La seconde tendance est celle qui consiste à substituer, aux droits nationaux évincés, un droit commun supranational, droit commun des sociétés qui, moins qu'en matière de contrats, se trouve en voie de formation, et constituerait un second volet de la *lex mercatoria*. La crise des conflits de lois ne recouvre ainsi souvent — et nous avons eu déjà l'occasion de le remarquer — qu'une déficience accentuée des législations nationales en leur substance (7).

SECTION I

LE STATUT DES « SOCIÉTÉS INTERNATIONALES » ET LE DÉPASSEMENT DES CONFLITS DE LOIS

342. — Malgré le caractère fluctuant, en ce domaine, de la terminologie, et les tentations fréquentes de confondre définitions économiques et juridiques on doit réserver le terme de « sociétés internationales » aux *personnes morales qui se trouvent directement rattachées à la communauté internationale* ou, du moins, à un *groupe d'Etats* (8).

(7) Cela sera particulièrement net pour les groupes multinationaux de sociétés, cf. *infra*, n° 359 et s.

(8) C'est la définition de M. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, p. 188. Voir, sur les diverses notions avancées, *id.*, p. 177 et s. La définition de M. CALON (*op. cit.*, Clunet, 1961, p. 702) doit être écartée, car, se fondant sur le caractère conventionnel de la création de la société, elle préjuge. Dans un sens différent, doit être également rejetée la définition adoptée par la C.C.I. en son XXII^e Congrès tenu à Istanbul en mai-juin 1969 sur le thème « Rôle, droits et responsabilités des sociétés internationales », qui entend par ce terme en réalité ce que, plus volontiers et de manière plus descriptive, on nomme « *groupes multinationaux de sociétés* », cf. B. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 103 et s. et *infra*, n° 359 et s.

Ainsi, leur constitution, leur personnalité juridique, leur composition, leur direction comme leur fonctionnement ne se rattachent pas à un Etat déterminé (9).

Le mouvement de création de ces sociétés prend essentiellement place après la seconde guerre mondiale, bien que de plus anciennes — telle la Compagnie universelle du Canal de Suez, premier exemple cité, ou la B.R.I. (Banque des Règlements Internationaux) — soient recensées. Elles semblent devoir se multiplier. Sans vouloir ici, ni pouvoir, en donner une liste exhaustive, nous remarquerons simplement que si certaines d'entre elles ont une vocation universelle (comme la B.I.R.D., Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, ou la S.F.I., Société Financière Internationale), la plupart d'entre elles ont encore à ce jour une vocation plus spécialement européenne. C'est le cas de la S.E.N.A. (Société d'Energie Nucléaire des Ardennes) créée en 1958 et devenue entreprise commune de l'Euratom en 1961, de la Société internationale de la Moselle (1956), d'EUROFIMA (Société Européenne pour le Financement du Matériel Ferroviaire, 1955) et d'EUROCHEMIC (Société européenne pour le traitement chimique des combustibles irradiés, 1957) ou, encore, de SAARLOR (Union Charbonnière Sarro-Lorraine, 1956). Certaines, plus récentes, sont nées en Afrique : Air Afrique (1961), la Société Israélo-Centrafricaine de diamants (1961)...

Nous ne nous attacherons qu'à ces types de sociétés actuellement existantes, puisqu'elles seules représentent le droit positif. Nous déterminerons dans quelle mesure elles revêtent un caractère véritablement international (§ 1) avant de relever les limites que connaît l'institution (§2).

§ 1. — Le détachement des « sociétés internationales » par rapport aux ordres étatiques

343. — En dépit du polymorphisme qui caractérise les sociétés internationales, car une politique d'ensemble n'a pas présidé à leur création, leur détachement de tout droit étatique s'affirme comme un trait commun.

344. — 1° *La diversité des conditions de création* comme des *statuts* de ces sociétés a été suffisamment mise en évidence, en même temps qu'un classement en était entrepris (10). Variables

(9) Cf. GOLDMAN, *op. cit.*, *Clunet*, 1963, p. 322-324, et P. KAHN, *La détermination de la qualité de commerçant étranger dans les accords de commerce international*, Colloque 1968, *Recueil Académie de Droit intern. de La Haye*, « Les accords de commerce international », Leiden, 1969, p. 274 et s.

(10) Voir notamment, pour ce classement, dans la perspective d'un droit international des sociétés, B. GOLDMAN, « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 320 et s., classement repris depuis dans son cours *Droit du commerce international*, 1970-71, p. 242.

quant aux circonstances dans lesquelles elles ont été créées, quant au but qu'elles poursuivent et à l'activité qu'elles exercent, les sociétés internationales existantes se diversifient essentiellement, du point de vue qui nous occupe, par les modalités de leur rattachement législatif, résultant des conventions qui les créent ainsi que de leurs statuts.

Il ressort en effet de la classification opérée par M. Goldman (11) qu'elles se divisent en deux groupes.

Dans le premier groupe, les fondateurs des sociétés ont fait expressément référence à une *loi nationale*. Cette référence peut théoriquement être pure et simple, et c'était le cas de la Société d'Énergie Nucléaire des Ardennes (S.E.N.A.) en 1958, lors de sa création, mais elle est au contraire devenue subsidiaire depuis sa transformation, en 1961, en entreprise commune de l'Euratom (12), et cette subsidiarité est aujourd'hui le trait caractéristique de l'attache ainsi conservée par certaines sociétés avec une législation nationale : Société internationale de la Moselle (13), EUROFIMA (14) ou, dans des conditions particulières, la B.R.I. (15) parmi d'autres exemples.

À ce premier groupe semble s'en opposer un second auquel fait défaut toute référence à une législation étatique. C'est la caractéristique commune aux organismes financiers constitués en sociétés internationales : la B.I.R.D. et sa filiale la S.F.I., la B.E.I. (Banque Européenne d'Investissements) dont les statuts ou actes constitutifs ne contiennent aucune mention d'un système de droit déterminé. Mais il en va de même dans les sociétés pour lesquelles on déclare se référer aux principes communs aux législations intéressées (16).

Parallèlement — et l'on ne s'en étonnera pas — on observe une semblable diversité des dispositions organisant la compétence juridictionnelle à l'effet de régler les différends que la structure ou le fonctionnement des sociétés internationales sont susceptibles de provoquer. S'agissant des sociétés pour lesquelles la référence à un droit étatique est conservée, la compétence juridictionnelle se partage entre les tribunaux étatiques et un tribunal arbitral ou une juridiction internationale selon qu'il s'agit d'interpréter et appliquer soit les statuts, dans le premier cas, soit la convention constitutive, dans le second cas. Cependant, le détachement complet de tout droit national s'accompagne de clauses attribuant la connais-

(11) *Op. cit.*, Clunet, 1963.

(12) Art. 45 du Traité Euratom. Cf. B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 328-330.

(13) Art. IX de la Convention du 27 octobre 1956.

(14) Art. 1^{er} de la Convention du 20 octobre 1955.

(15) Cf. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 336. — Art. 1^{er} de la Convention du 20 janvier 1930 et charte constitutive.

(16) Allemande et française pour SAARLOR, art. 84 et annexe 29 du Traité du 27 octobre 1956 — principes communs à la législation des 11 États africains signataires de la Convention de Yaoundé du 28 mars 1961 créant la Sté Air-Afrique.

sance des litiges, soit à l'arbitrage, soit à certains organes directeurs de la société elle-même (17).

345. — 2° Ces sociétés dont on observe ainsi les divergences de conception peuvent-elles être également considérées comme dotées d'un véritable *caractère international*, réellement détachées des droits étatiques ?

Certes, ces sociétés ont une activité qui dépasse le cadre des frontières nationales et concernent au minimum deux pays. Elles ont, de plus, été sciemment pourvues d'une structure matérielle internationale, tant en ce qui concerne le capital (18) que les associés (19) et les organes de gestion (20). Ceci s'ajoute à l'acte formellement international — une convention interétatique — qui leur donne naissance. Enfin, et surtout, si ces sociétés se localisent naturellement dans l'espace, il a été démontré que cette localisation était dépourvue de toute signification juridique, soit qu'on la considère du point de vue subjectif de la volonté des fondateurs de se soumettre à la loi d'un pays donné, soit que l'on s'attache à un critère plus objectif d'implantation dans un milieu économique déterminé : la convention internationale, source de la personnalité morale de la société, la diversité des lieux d'accomplissement des formalités de publicité comme la multiplicité des sièges sociaux interdisent, quel que soit le critère pris en considération — incorporation ou siège social —, un rattachement, par les modes habituels, de la société à la loi d'un Etat.

346. — Si la conclusion paraît évidente pour les sociétés formellement dépourvues par leur « acte de naissance » de tout rattachement juridique national, ainsi que pour celles dont le fonctionnement doit s'apprécier selon les principes communs aux législations des Etats fondateurs, en est-il de même lorsque les dispositions constitutives de la société font expresse référence à l'application d'une *législation nationale* ?

Les caractères octroyés à cette référence même inclinent à une réponse positive. Ces caractères sont en effet la *subsidiarité* et la *cristallisation* en son état à l'époque de la convention de la loi nationale à laquelle on se réfère ainsi. De sorte que l'on a pu dire que disparaissait ainsi « le caractère objectivement normatif qu'une loi étatique revêt dans son domaine d'application... La volonté du législateur de l'Etat du siège est sans emprise sur la société ; son autorité n'est point, dès lors, source de droit pour la société » (21).

(17) Cf. B. GOLDMAN, *op. cit.*, *Clunet*, 1963, p. 348 et s.

(18) Exemple de SAARLOR : les actions ne peuvent être transmises qu'à des personnes possédant la même nationalité que les premiers propriétaires.

(19) Il arrive que ce soit les Etats eux-mêmes.

(20) Qui sont fréquemment organisés selon un principe paritaire.

(21) B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 368.

Nous illustrerons brièvement ces deux caractères. La *subsidiarité* découle de ce que la société n'est point régie directement par une loi nationale, mais en premier lieu par la convention qui lui donne naissance, ainsi que par ses statuts. On est donc en présence d'un acte particulier se suffisant à lui-même, ce que nous avons vu être impossible pour les contrats internationaux ordinaires. Cependant, le problème des lacunes se posant dans les mêmes termes, référence est faite « *subsidiairement* » à la loi d'un Etat (22) qui sera généralement celui du siège de la société, lorsque ce siège est unique.

La disposition selon laquelle la référence au droit national ne s'entend que dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la convention, indépendamment de la nature supplétive ou impérative des dispositions du droit de référence (23) vient renforcer cette subsidiarité.

Enfin, et c'est là le second trait caractérisant l'appel fait au droit étatique, si les modifications de celui-ci ne sont pas totalement exclues, diverses précautions sont prises pour que de telles modifications n'entravent pas l'action de la société ou ne soient prises en considération qu'en vertu d'un accord entre les gouvernements intéressés (24) ou d'une décision d'un organe de la société (25).

347. — Envisagés sous l'aspect de l'acte juridique, les actes constitutifs de ces personnes morales réalisent donc bien une *incorporation* pure et simple de la loi déclarée subsidiairement applicable, attribuant aux dispositions de celle-ci un caractère parfaitement conventionnel. Une charte telle que celle de la Cie du Chemin de Fer de Djibouti à Addis-Abeba, se référant aux prescriptions du Projet de Code de commerce Ethiopien, illustre à l'extrême cette tendance (26). L'appel à une loi nationale se comprend donc comme l'appel à des préceptes destinés à combler des lacunes des actes — convention et statuts — régissant à titre principal la société (27).

Si le détachement de la société par rapport à un ordre juridique

(22) *Subsidiairement* : le terme figure expressément dans certains documents : art. IX-2 de la Convention relative à la Sté intern. de la Moselle, art. 1^{er} de la Convention créant EUROFIMA, par exemple.

(23) C'est encore l'exemple de la Convention de 1955 créant EUROFIMA (art. 1^{er}) ; de plus, selon l'art. 1^{er} des statuts de la Sté, ces statuts sont valables « nonobstant toute disposition contraire du droit — suisse — de l'Etat de siège ».

(24) Exemple de la charte accordée par la Suisse, en vertu de la Convention de 1930, à la B.R.I.

(25) Exemple de la Convention de 1956, créant la Sté intern. de la Moselle : une décision unanime de l'Assemblée générale (c'est-à-dire l'accord, en fait, des trois gouvernements — français, allemand, luxembourgeois —) est nécessaire.

(26) Art. 1^{er}, al. 2 du Traité franco-éthiopien du 12 nov. 1959.

(27) Voir, pour la critique de cette référence : J. P. CALON (*Clunet*, 1961, p. 724) qui en reproche l'illogisme : les lois sur les sociétés ne sont pas conçues, dans le droit interne, pour jouer ce rôle supplétif. C'est, de plus, greffer un corps étranger. Enfin, le caractère figé imprimé à la législation risque de mener à des solutions « singulièrement complexes et illogiques ». Voir également L. PEYREFITTE, D., 1965, Chron. p. 116 : *Le problème du contrat dit sans loi*.

national paraît ainsi établi, ce n'est pas le seul point commun à toutes ces sociétés internationales qui en possèdent d'autres permettant, au-delà des divergences de détail, de reconnaître en elles les manifestations d'un même type juridique. Les constantes que l'on est amené ainsi à dégager contiennent cependant en elles-mêmes les limites de la solution que paraît présenter l'institution.

§ 2. — Limites de la solution

348. — Les sociétés internationales existantes sont toutes, à l'heure actuelle, des sociétés publiques qui ont été appelées à la vie juridique, dans chaque cas, parce qu'elles représentaient la solution particulière d'un problème déterminé, sans qu'une doctrine d'ensemble préside à leur création. Ces constantes sont en elles-mêmes des obstacles à la généralisation que l'on pourrait être tenté d'opérer à partir de leur existence.

349. — 1^o Le fait qu'il s'agisse de *sociétés publiques*, bien que certaines, telle que SAARLOR, soient présentées comme des sociétés privées, ne saurait être mis en doute. Ce caractère résulte de la participation des gouvernements à la création même comme à la vie de ces sociétés dont ils sont parfois les seuls associés (28).

Ces sociétés sont toutes, sans exception (29), créées par l'effet de conventions internationales signées entre les Etats souverains, dont elles tirent leur personnalité morale, et qui les font directement se rattacher à l'*ordre juridique international*.

Une exception paraît résulter du cas de la *Société d'Energie Nucléaire des Ardennes* qui a été créée entre E.D.F. et des entreprises belges en 1958, comme une société anonyme française, régie par l'Ordonnance de 1958 et par ses statuts, ainsi que par la législation française relative aux sociétés anonymes, de façon subsidiaire et nonobstant toute contrariété de la législation avec l'ordonnance ou les statuts. Cette société a cependant été constituée en entreprise commune par décision du Conseil de l'Euratom en date du 9 septembre 1961, décision qui, confirmant les caractères internationaux que possédait dès l'origine la société — en raison du partage entre divers Etats membres de l'Euratom de son capital social — met désormais hors de doute sa qualification de société internationale. Celle-ci résulte bien d'un accord entre Etats, puisqu'elle prend sa source dans un traité international (30).

(28) Exemples de la Sté intern. de la Moselle, de la B.I.R.D., de la S.F.I.

(29) ... au point que M. Calot a cru pouvoir les définir par cette caractéristique.

(30) Art. 45 du Traité Euratom. Voir d'autres exemples comparables, à partir de sociétés allemandes, ultérieurement constituées en entreprises communes : B. GOLDMAN, « Droit commercial européen », *Précis Dalloz*, 1970, n° 583, p. 548.

350. — Un doute plus grand s'élève si l'on considère le *Scandinavian Airline System* (S.A.S.), créé par un Consortium Agreement de 1951 des sociétés aériennes suédoise, danoise et norvégienne, que M. Goldman range, en 1963 (31) comme en 1971 (32) au rang des sociétés internationales en reconnaissant que c'est le seul exemple connu de *société privée internationale*. S'il en était ainsi, le S.A.S. apporterait une note discordante parmi les types actuellement répertoriés de sociétés internationales. Cependant, l'exemple apparaît d'une portée fort douteuse — M. Goldman n'étant pas sans manifester certaines hésitations dans le dernier état de sa doctrine — et ceci pour plusieurs raisons.

On peut tout d'abord douter de la *personnalité morale du Consortium*. Si M. Goldman déduit cette certitude des dispositions de la Convention de 1951 (33), on peut au contraire voir dans la convention intervenue un simple accord d'exploitation entre trois compagnies de navigation aérienne, comme il semble résulter du fait que les biens apportés par les compagnies sont leur « propriété conjointe », ainsi que du fait que les trois compagnies demeurent solidairement et indivisiblement responsables des engagements du Consortium (34).

En admettant même qu'il y ait là les éléments d'une personnalité morale, on peut encore douter de son *détachement par rapport aux ordres étatiques* : si le S.A.S. possède des attaches rigoureusement identiques dans les trois pays qu'il concerne, le Conseil des directeurs notamment se réunissant alternativement à Oslo, Copenhague ou Stockholm, si aucune des trois lois n'a été particulièrement observée à aucun moment de la constitution du groupement, un *article 17* de la convention prescrit cependant à la Cour d'arbitrage appelée à trancher les différends susceptibles de surgir « de décider du choix des règles juridiques nationales qui devront être appliquées ». L'occasion était belle, cependant, de prescrire la considération de principes communs aux trois Etats de la Scandinavie concernés (35) : le conflit des lois n'est pas, en tout cas, ici surmonté.

Enfin, à supposer que les précédentes raisons ne convainquent pas, on peut encore émettre des réserves sur le *caractère véritablement privé* de ce Consortium auquel on reconnaîtrait la nature de société internationale au sens que nous avons défini : chaque compagnie signataire de l'accord partage, en effet, son capital pour moitié

(31) *Op. cit.*, Clunet, 1963, p. 340 et p. 382.

(32) Cours polycopié préc., 1970-71, p. 187 et s.

(33) Il relève — Cours polycopié préc., 1970-71, p. 189 — la dénomination, le capital, le patrimoine propres à la personne morale dont l'expression même est utilisée dans l'*art. 1^{er}* de la Convention de 1951.

(34) Une telle responsabilité est, certes, celle que supportent, selon la législation française, les associés en nom collectif. Mais elle apparaît exceptionnelle au regard de l'organisation des autres types de sociétés et peut d'ailleurs être conventionnellement écartée. Il faudrait pouvoir en juger d'après les législations scandinaves.

(35) Cf. GOLDMAN, Cours préc., p. 191.

avec le gouvernement auquel elle est rattachée. Il s'agit donc pour le moins de sociétés de caractère *mixte*.

Il apparaîtrait, au reste, tout-à-fait extraordinaire, dans l'état *actuel* des législations et des esprits, que des individus, personnes physiques ou morales, parviennent à créer un être juridique apatride dont l'existence comme telle s'imposerait à la reconnaissance de tous. L'exemple est en tout état de cause suffisamment pourvu d'ambiguïté, et ne permet pas de conclure à l'existence actuelle de sociétés internationales de nature privée résultant d'une initiative privée (36).

351. — 2° Les sociétés internationales actuellement existantes se présentent au surplus comme des *institutions particulières* qui, dans chaque cas, ont répondu par leur création à la solution d'un problème particulier : « c'est pour répondre à des besoins politiques ou économiques déterminés et, dans la plupart des cas, sans une doctrine préalablement établie, qu'ont été constituées ces sociétés » (37)

La constatation a une portée double : elle explique la variété des traits qu'empruntent ces sociétés, variété à travers laquelle il est parfois difficile de dégager les contours d'une institution commune. Mais, en même temps, et non sans paradoxe, elle exprime en elle-même une constante des circonstances de la création de ces sociétés qui motive la difficulté d'en généraliser la portée.

L'échec du projet de *Compagnies Européennes* du Conseil de l'Europe illustre peut-être cette affirmation (38) : l'avant-projet de statut de ces compagnies, annexé à la recommandation de 1952 du Conseil prévoyait en effet, au moins dans une première phase, qu'accèderaient à ce statut les sociétés bénéficiaires d'une concession de service ou de travail public intéressant deux ou plusieurs Etats européens, tels, par exemple, la percée de tunnels internationaux. Cette proposition est caractérisée par le lien étroit existant entre la constitution de la compagnie et l'intérêt des Etats concernés. Mais, même à ce stade assez peu avancé et au seul plan européen, toute généralisation a échoué (39).

352. — Si l'on en revient au droit positif, enfin, et s'il demeure possible de dégager une typologie abstraite de la société internationale, il n'en reste pas moins que, pratiquement, il n'existe pas de principes uniformes à ces sociétés dont pourraient être tirés des

(36) Sur les projets en cours, de *lege ferenda*, voir *infra*, nos 354 et s.

(37) J. P. CALON, *op. cit.*, *Clunet*, 1961, p. 706.

(38) Cf. B. GOLDMAN, Cours polycopié préc., p. 195 ; LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 436, p. 527.

(39) Ce n'est cependant pas un exemple très probant, car les privilèges, notamment fiscaux, dont devaient bénéficier ces compagnies, expliquent sûrement cet échec. Mais toute société internationale n'apparaît-elle pas une société « privilégiée » aux yeux du commun, et n'est-ce pas là la difficulté première de l'utilisation de ce procédé ?

enseignements valables pour toute autre société : pour atteindre ce résultat souhaité par beaucoup, il serait indispensable « qu'une juridiction unique connaisse tous les différends pouvant surgir de l'application du statut juridique des sociétés internationales » (40).

Or il n'en est rien : dans les meilleurs cas (41), le recours à l'arbitrage est organisé, mais il l'est de manière fort diversifiée ; il s'agit fréquemment d'un arbitrage *ad hoc*. Il en résulte que, multiples étant ceux — arbitres ou même juridictions internationales — appelés à connaître des difficultés que peut soulever le fonctionnement de ces sociétés, une jurisprudence se dégagera difficilement, ce qui semble reculer d'autant la perspective d'un droit commun aux sociétés internationales. C'est pourquoi nous partagerons les « réticences » de certains auteurs (42) à admettre que « cette technique puisse, dans un avenir relativement proche, devenir l'instrument classique de l'exercice de l'activité des sociétés ».

Mais si l'exemple n'est pas, ainsi, nécessairement probant, n'est-il pas possible d'en dégager quelque leçon ? Certaines tentatives en témoignent, qui se sont produites essentiellement dans le cadre de l'Europe du Marché Commun, et nous allons voir à présent ce qu'il en est de ces sociétés qui, malgré leurs activités ou leur structure matériellement internationales demeurent, conformément au droit commun, rattachées à un Etat déterminé.

SECTION II

LA SITUATION DES SOCIÉTÉS INTERNATIONALES PAR VOCATION MAIS DÉPOURVUES D'UN SEMBLABLE STATUT

353. — Le problème soulevé par ces sociétés demeure aujourd'hui encore, malgré l'intérêt qu'il suscite, largement entier. Si la nécessité d'accorder le droit à la réalité économique n'est plus à démontrer, la soustraction des sociétés à l'emprise des systèmes juridiques étatiques se heurte, bien plus que celle des contrats, à d'importants obstacles. On peut, en effet, à la limite, admettre qu'un acte se suffise à lui-même — tant de relations nouées entre particuliers se réglant, en fait, par l'appel à des préceptes autres que juridiques —, mais il semble beaucoup plus difficile de concevoir qu'un être que la loi seule fait véritablement naître à la vie juri-

(40) J. P. CALON, *op. cit.*, *Clunet*, 1961, p. 728.

(41) C'est-à-dire dans les hypothèses où le détachement par rapport aux ordres étatiques s'opère sans partage et sans ambiguïté, tant sur le plan substantiel que sur le plan procédural.

(42) LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, p. 344, n° 307.

dique (43) puisse prétendre échapper aux prescriptions de cette loi. Si l'on ne détachait, par ailleurs, les sociétés aux lois étatiques que pour les soumettre à un droit commun international des sociétés (sociétés sans loi d'un Etat et non sociétés sans loi, par analogie avec le problème des contrats), on se heurterait à la difficulté qu'il y aurait à accorder les principes épars d'un droit qui n'est même peut-être pas en voie de formation avec la nécessité de solutions strictes et fermes requises pour le fonctionnement de toute société, internationale ou non.

Le problème étant ainsi posé dans sa généralité, nous examinons l'esquisse de solution qui lui est apportée, au sein de la Communauté Economique Européenne, par la constitution projetée de sociétés anonymes européennes (§ 1). Nous retiendrons par ailleurs un exemple particulièrement topique de la crise des conflits de lois en matière de sociétés, point culminant de cette problématique, celui des groupes multinationaux de sociétés pour lequel, en l'état actuel de la science, nous ne pourrions malheureusement que nous borner à donner des indications sommaires, soulevant, plus que les résolvant, les questions (§ 2).

§ 1. — Les sociétés anonymes européennes

354. — Précédé d'une tentative issue du Conseil de l'Europe (44), le projet de constitution de sociétés anonymes européennes est un des plus importants qui repose actuellement sur le chantier européen (45).

(43) Nous ne prétendons pas, en donnant cet argument, nous recommander de la théorie qui a cru voir dans la personnalité morale une concession de l'Etat, une pure fiction légale (cf. M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 8^e éd., Sirey, 1959, p. 246 et s., n° 400, et MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e vol., 2^e éd., Sirey, 1967, p. 767 et s., n° 766). Mais si, dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation a pu affirmer, à propos des comités d'établissement, que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi », il n'en reste pas moins qu'elle a assorti cette affirmation d'un nombre important de restrictions, ne reconnaissant cette personnalité qu'à « tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes par suite « d'être juridiquement reconnus et protégés », le législateur ayant « le pouvoir, « dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie « déterminée de groupements... » (Cass. civ., 28 janv. 1954, *Droit social*, 1954.161, note P. D.). Cette personnalité paraît donc, de manière plus sensible que celle des personnes physiques, subordonnée dans son contenu comme dans son existence à la volonté de l'Etat.

(44) Nous faisons ici allusion au projet de Compagnies européennes prévoyant la conclusion d'une convention entre Etats membres du Conseil de l'Europe qui aurait été la source de la constitution de ces compagnies, ainsi que la source de leur fonctionnement, sauf la référence subsidiaire à une loi nationale.

(45) Il n'est pas le seul : dans le même ordre d'idées, la Commission des Communautés européennes a déclaré son intérêt pour la création de groupements d'intérêt économique européens directement rattachés à la Communauté, dans son *Mémorandum sur la politique industrielle* du 19 mars 1970. Cf. B. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71, p. 272.

Indépendamment de ces antécédents, le projet est issu directement d'une note adressée par le Gouvernement français, le 15 mars 1965, aux autres gouvernements, note suivie d'un Mémoire de la Commission du 12 avril 1966 (46). Il s'est concrétisé sous deux formes assez différentes dans leur esprit et parfois aussi dans leurs détails, celle d'un projet de convention, d'abord — et c'est le Projet de statut d'une société anonyme européenne du professeur Sanders de décembre 1966 (47) —, puis celle d'une proposition de règlement du Conseil portant statut de la société anonyme européenne, présentée par la Commission au Conseil le 30 juin 1970 (48).

355. — Du point de vue qui nous retient, au-delà des multiples problèmes soulevés sur le terrain du droit social, de la liberté d'établissement ou des valeurs émises par ces sociétés..., le débat s'est essentiellement instauré sur le *rattachement juridique* dont ces sociétés allaient faire l'objet. Tandis que l'instigateur du projet, le Gouvernement français, les concevait avant tout comme des *sociétés nationales de type européen* — on devrait plutôt dire comme des sociétés de type européen mais d'abord nationales (49) —, que le Projet Sanders observait à cet égard une réserve difficile à interpréter, la Commission des Communautés Européennes, en 1970, imposait résolument l'idée d'un rattachement directement communautaire de ces sociétés : aussi parle-t-elle de *sociétés européennes* (S.E.).

Cette option s'affirme dès le préambule de la proposition de règlement qui est ainsi conçu : « *Le cadre juridique dans lequel les entreprises européennes doivent encore se mouvoir et qui reste national, ne correspond plus au cadre économique dans lequel elles doivent se développer* pour permettre à la Communauté de réaliser ses objectifs; [que] cette situation est de nature à entraver considérablement, spécialement en raison de ses effets psychologiques, les opérations de regroupement entre sociétés relevant de pays différents;... *la seule solution* de nature à réaliser à la fois l'unité économique et l'unité juridique de l'entreprise européenne est donc de permettre la constitution, à côté des sociétés relevant de l'un ou l'autre droit national, de *sociétés entièrement régies par un droit unique, directement applicable dans tous les Etats-membres, éliminant ainsi pour cette forme juridique de société toute acception de rattachement juridique à tel ou tel pays...* ».

(46) « Mémoire sur la création d'une Société commerciale européenne », *Rev. trim. dr. europ.*, 1966.409.

(47) Commission C.E.E., Coll. « Etudes », Série concurrence, n° 6, Bruxelles, 1967.

(48) Commission C.E.E., Coll. « Etudes », Série concurrence, n° 8, Bruxelles, 1970.

(49) C'est-à-dire des sociétés soumises à un régime uniforme, d'où la suppression des difficultés résultant des divergences de législations, mais demeurant rattachées par leur siège social notamment à telle ou telle emprise étatique.

Le rattachement communautaire de la société européenne va s'exprimer de deux manières complémentaires, sur le plan du droit applicable à la constitution comme au fonctionnement ou la liquidation de la société (50), d'une part, sur celui de l'interprétation juridictionnelle de ce droit, d'autre part.

356. — a) Au point de vue du *droit applicable*, l'article 7 du Titre I (Dispositions générales) tire les conséquences du rattachement communautaire dont il assure en même temps la réalité, en soustrayant à l'application du droit des Etats-membres « les matières que le présent statut régit, même sur les points qu'il ne règle pas expressément », faisant ainsi une nette distinction d'avec « les matières qui ne sont pas régies par le présent statut » et qui demeurent « soumises au droit national applicable en l'espèce ». Ainsi, pour tout ce qui concerne pratiquement *l'activité de la société*, les droits nationaux conserveront leur empire, empire déterminé d'après les règles de conflit de lois du juge appelé à trancher le litige soulevé à l'occasion de cette activité. Tout ce qui intéresse, au contraire, le *fonctionnement même de la société* est soumis désormais au droit commun supranational que réalise le statut élaboré par la Commission (51).

Il est ainsi remarquable de constater que ce statut, destiné à régir le fonctionnement en ses divers aspects des futures S.E., ne fait même pas — comme c'était le cas de certaines conventions créant des sociétés internationales (52) — mention d'une applicabilité subsidiaire d'une quelconque loi nationale : ceci confirme le caractère absolu du détachement de ces sociétés par rapport aux Etats-membres individuellement considérés (53).

C'est le seul texte existant qui permette à de quelconques sociétés commerciales — sous certaines conditions d'accès concernant notamment l'importance, la forme juridique et le rattachement des

(50) Cf. les considérants du préambule : « Il importe que la totalité des règles qui déterminent la constitution, la structure, le fonctionnement et la liquidation de la S.A. européenne soit soustraite à l'application des droits nationaux ».

(51) Cpr. avec l'article I-7 du *Projet Sanders* qui fait une telle distinction. Mais le texte de ce projet est à la fois plus ambitieux, affirmant que le but du statut est « la formation, par tous les Etats contractants, pour ce droit uniforme, d'un territoire unique », et plus vague, puisqu'on n'y retrouve pas cette exclusion formelle de l'application des législations nationales, bien qu'elle soit certainement implicite. Voir Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *Revue*, 1971.383, spéc. p. 411 et s.

(52) Voir *supra*, n° 344.

(53) Cf. B. GOLDMAN, « La nationalité des sociétés dans la C.E.E. », Rapport à la Table ronde du 18 janv. 1969 sur « La nationalité des sociétés », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 215 et s. Les S.E. s'opposent en cela aux anciennes Compagnies européennes pour lesquelles le Projet du Conseil de l'Europe permettrait non seulement l'application subsidiaire d'une législation nationale, mais au surplus la faculté pour chaque Compagnie de se constituer sous l'empire d'une loi nationale déterminée.

sociétés désireuses de constituer une société anonyme européenne — de se dégager de l'emprise étatique. Deux réserves affectent toutefois cette constatation. La S.E. ne peut en effet être formée, par fusion, création de société holding ou de filiale commune, qu'à partir de sociétés anonymes « *constituées selon le droit d'un Etat-membre* » (54). La dépendance de chaque élément de la future S.E. par rapport à un Etat-membre de la C.E.E., quel que soit le libéralisme avec lequel elle est par ailleurs entendue, est donc la condition même du rattachement communautaire dont on ne pouvait évidemment abandonner le bénéfice aux entreprises extérieures à la Communauté.

Par ailleurs, le problème de conflit de lois, expressément aboli, dans la mesure que nous avons indiquée, dans les rapports entre les Etats-membres du Marché Commun, peut, le cas échéant, resurgir hors des frontières de celui-ci : la législation supranationale communautaire n'apparaît alors que comme l'une des législations en conflit dont l'application se détermine grâce à des normes de rattachement mises en œuvre à la suite d'opérations de qualification.

357. — b) Quoi qu'il en soit de ces réserves, un rattachement direct des sociétés à la Communauté européenne, au moyen de l'élaboration, au niveau communautaire, d'un statut de ces sociétés, nécessite quelques précisions propres à garantir la pérennité du détachement de ces sociétés par rapport aux législations nationales.

Il est en effet possible et même certain que le statut recèle des lacunes : la tendance naturelle serait alors de remplir ce vide juridique par un emprunt à la législation nationale avec laquelle la société paraîtrait conserver quelque lien (55). Si l'on repousse cette tendance, « ne risque-t-on pas de se trouver en présence d'une société construite sur le vide ? » (56).

La proposition de règlement de la Commission donne la solution en précisant (*art. 7-1*) que lorsqu'un point régit par le statut n'est pas expressément réglé par lui, il doit être tranché : « a) selon les principes généraux dont ce statut s'inspire ; b) si ces principes généraux ne permettent pas de trancher la question, selon les *règles ou principes généraux communs aux droits des Etats-membres* » (57).

Devant la difficulté certaine qu'il y aurait à déterminer ces règles ou principes communs, une seconde précision, relative à l'unité

(54) *Art. 2 de la proposition de règlement.*

(55) Notamment son siège social qui « doit être situé à l'intérieur des Communautés Européennes » (*art. 5 de la proposition de règlement*), donc forcément sur le territoire d'un Etat membre.

(56) LOUSSOUARN et BREDIN, *op. cit.*, n° 437, p. 529.

(57) Cpr. avec la solution de l'article 49, *alinéa 4* du Traité Euratom qui, pour les entreprises communes, décide que « les statuts peuvent se référer à titre subsidiaire aux législations nationales des Etats membres » cf. B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1970, p. 547, n° 582) et les statuts ou conventions relatifs à certaines sociétés « internationales », voir *supra*, n° 344.

d'interprétation, s'impose. Il paraît en effet indispensable, sous peine de donner aux particularismes nationaux l'occasion de resurgir, d'assurer cette unité en confiant, dans le cadre européen, soit à la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.), soit à une juridiction spécialement créée à cet effet, l'interprétation du statut. Cette précision, qui avait été effectivement apportée par le Projet Sanders (58), est devenue superflue dans le cadre d'une proposition de règlement du Conseil, texte communautaire soumis, en vertu de l'article 177 du Traité C.E.E., à l'interprétation de la C.J.C.E.

358. — Il nous reste enfin à observer que la S.E., parce qu'elle est un instrument permettant à la fois le *regroupement et la concentration* des sociétés, ainsi que l'*extension*, par la création de filiales ou de holdings, de leurs activités *sans perte de l'unité structurelle et juridique*, constitue ainsi une ébauche, au plan européen, du difficile problème que soulèvent les entreprises multinationales. Ce problème rejaillira si la S.E. forme un groupe de sociétés grâce à l'établissement de filiales en des pays étrangers au Marché Commun : c'est de ce problème général que nous allons à présent préciser quelques données.

§ 2. — Les groupes multinationaux de sociétés

359. — Plus que du rattachement d'une société à la loi d'un Etat considéré en lui-même, la situation des groupes multinationaux de sociétés souffre de la multiplicité de ces rattachements. Chaque société le composant étant envisagée, et rattachée, isolément, les divers systèmes nationaux éventuellement concernés dressent leurs frontières entre la société mère et ses filiales, ainsi qu'entre ces filiales elles-mêmes. Mais « au principe juridique d'indépendance des sociétés, le groupe oppose le fait économique de dépendance des sociétés » (59), de sorte que le rattachement qui s'opère pour chacune des sociétés et spécialement pour chaque filiale fait figure de trompe-l'œil masquant la réalité des faits.

Il est clair, en effet, que dans ces entreprises multinationales, telles que *Unilever*, *Esso Standard*, *International Telegraph & Telephone...* (60), les sociétés filiales sont étroitement subordonnées

(58) Article I-6 prévoyant le recours par voie de question préjudicielle à la C.J.C.E., en ce qui concerne : a) l'applicabilité et l'interprétation du statut, b) la détermination des principes et des règles communes mentionnées dans l'article I-7 (analogues à ceux de la proposition de règlement), c) l'interprétation des statuts d'une S.E.

(59) J. PAILLUSSEAU, *J.C.P.*, 1971.I.2401 bis.

(60) Voir des exemples précis dans *Droit du commerce international*, cours polycopié, 1970-71, p. 110 et s. de M. Goldman.

à la société mère dont elles ne font qu'exécuter les ordres dans le cadre d'une politique par elle définie. Aussi ceux qui sont placés à la tête de ces filiales apparaissent-ils plutôt comme des « cadres supérieurs » que comme d'authentiques dirigeants de sociétés.

Il s'agit donc d'adapter les solutions juridiques afin qu'elles consacrent ces entités que forment les groupes multinationaux. La satisfaction de multiples intérêts en dépend, en dehors de celui du groupe dont l'action risque d'être ainsi entravée, tant en ce qui regarde la vie interne des sociétés qui le composent (61) qu'en ce qui concerne les rapports qu'elle entretient avec les tiers (62). Dans le cadre de cette adaptation, quelques solutions semblent pouvoir être examinées.

360. — a) Une première solution consisterait à *infléchir le critère de rattachement* traditionnellement proposé, qu'il s'agisse par ailleurs du siège social réel ou de l'incorporation. Cependant, pour plus de commodité, nous nous placerons de préférence du point de vue des systèmes adoptant le siège social pour critère de détermination de la loi applicable au fonctionnement de la société.

En ce sens, l'on a proposé de tenir compte du *centre de décision*, critère nouveau qui serait de nature, parce qu'il exprime mieux la réalité, à éclipser celui du siège social qui apparaît, pour des filiales, purement formel (63). Un arrêt de la Cour de Paris (64) a paru confirmer l'utilité d'un tel critère, dans l'hypothèse où, conformément aux ordres venant de la société mère aux Etats-Unis, les administrateurs américains d'une société française, faisaient obstacle, au péril de la société, à l'exécution de commandes de véhicules émanant de la Chine populaire. La Cour de Paris, sur les conclusions conformes de l'Avocat général, constatant qu'une telle décision négative de partie des administrateurs serait « de nature à ruiner » définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la Société « Fruehauf-France et à provoquer sa disparition et le licenciement » de plus de 600 ouvriers », statuant en référé, nomme un administrateur provisoire ayant pour mission d'apprécier l'opportunité, pour la société, de l'exécution projetée du contrat.

361. — Mais de manière générale, la considération du centre réel de décision — si elle est précieuse notamment sur le terrain

(61) Adoption des décisions intéressantes pour le groupe social, protection des associés minoritaires...

(62) Notamment les créanciers sociaux parmi lesquels les salariés posent des problèmes particuliers et difficiles ; les recherches sont, sur le plan de la politique sociale, très peu avancées, cf. B. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 155.

(63) Cf. Y. LOUSSOUARN, Rapport général à la Table ronde du 18 janv. 1969 sur « La nationalité des sociétés », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 205 et s., spéc. p. 211.

(64) 22 mai 1965, *Fruehauf*, J.C.P., 1965.II.14274 bis, concl. Nepveu et D., 1968.147 ; R. CONTIN, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D., 1968, Chron. p. 45.

de la jouissance des droits où elle remplacerait avantageusement le critère du contrôle dans le sens où la tradition entend celui-ci — paraît difficile à mettre en œuvre en matière de conflits de lois. Devra-t-on considérer que les dix-huit filiales françaises d'I.T.T. doivent obéir, en ce qui concerne leur établissement, leur structure, leur fonctionnement, au droit américain de leur société mère ? Le critère du centre de décision, à le supposer rationnellement acceptable, se heurterait aux difficultés mêmes qu'a soulevées l'emploi du critère du contrôle qui n'a jamais pu, dans le domaine des conflits de lois, supplanter celui du siège social réel. On fait, en effet, ici appel à des notions — centre de décision ou contrôle du capital — trop fluctuantes et également trop peu apparentes aux yeux des tiers pour qu'il n'en résulte pas de dangereuses surprises. Enfin, il peut apparaître, dans une espèce donnée, hasardeux, sinon impossible de déterminer le véritable centre d'impulsion des décisions, ainsi lorsque le groupe possède deux sociétés mères à sa tête (65).

362. — *b)* Une seconde solution conduirait, abandonnant l'abord direct du terrain des solutions conflictuelles sans toutefois le rejet de celles-ci, à rechercher une amélioration des législations nationales elles-mêmes, et cette amélioration ne peut que prendre la forme de l'élaboration d'un *droit des groupes de sociétés*.

Une telle législation, qui existe actuellement en Allemagne où elle constitue un ensemble cohérent (66) est, à la suite d'une proposition de loi Cousté, Le Douarec..., déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale française depuis le 19 février 1970 où elle se trouve à l'étude (67). Cette tentative rejoint celle qui existe au niveau du droit européen puisque, dans le cadre d'un règlement communau-

(65) C'est le cas, non unique de *Unilever*, à la tête duquel se trouvent une société mère hollandaise (Unilever N.V. à Rotterdam) et une société mère anglaise (Unilever Ltd à Londres), liées entre elles par un certain nombre d'accords.

L'emploi du critère peut ne pas se révéler plus positif dans d'autres hypothèses, telle celle des *sociétés mixtes multinationales*, caractérisées par l'existence de participations publiques et privées (cf. B. GOLDMAN, *Droit du commerce international*, préc., p. 234 et s., et P. KAHN, Rapport au Colloque de 1968 sur les « Accords de commerce international », *Acad. de La Haye, Recueil*, 1968), ou encore celle des « *entreprises communes internationales* » pour lesquelles il faudrait « imaginer une entreprise... dans laquelle l'un des partenaires aurait un poids spécifique plus important ; son centre de décision se situerait alors dans le pays où se trouvent la direction et l'administration centrale de ce partenaire... » : il en sera difficilement ainsi (B. GOLDMAN, *id.*, p. 271).

(66) *Aktiengesetz* du 6 sept. 1965 : *Jura Europae*, vol. *Droit des sociétés*, fasc. 20-70. Voir R. SINAY, « Vers un droit des groupes de sociétés », *Gaz. Pal.*, 1967.1, Doctr. 70.

(67) Proposition de loi n° 1055 sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel. Cf. B. GOLDMAN, *Cours préc.*, p. 164 et s. ; J. PAILLUSSEAU, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? A propos de la proposition de loi Cousté », *J.C.P.*, 1971.I.2401 bis, et B. OPPETIT, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *J.C.P.*, 1970.I.2361, n° 49 et s.

taire sur les sociétés anonymes européennes, des dispositions relatives aux groupes de sociétés seraient adoptées (68).

363. — De tels ensembles législatifs, consacrant essentiellement le pouvoir de direction de la société dominante sur les autres sociétés (dépendantes) en même temps qu'ils assurent la protection des créanciers sociaux et des actionnaires, ont ou auront le mérite de pallier une insuffisance des droits internes. Mais, et l'accent a été mis sur ce point (69), à supposer que tous les pays adoptent de semblables dispositions, de difficiles problèmes de conflit de lois surgiront, chaque société d'un même groupe étant soumise à une législation sur les groupes de sociétés : faudra-t-il, pour déterminer les relations entre société mère (ou dominante) et filiales (ou sociétés dépendantes) appliquer la loi de la première ou bien celle de chacune des secondes ?

Une solution à ce problème de conflit de lois d'un nouveau genre n'est pas impossible à trouver, encore que la rareté même de ces législations propres aux groupes de sociétés soit de nature à en retarder la découverte. Pour certains, le problème de conflit de lois n'est donc pas résolu mais simplement déplacé, ou même aggravé, car il pourrait prendre des allures de conflit des souverainetés (70).

Si l'on se rangeait à cet avis, il resterait à constater l'échec, en ce domaine, de toute solution fondée sur l'application des lois nationales au moyen de règles de conflit de lois, et à remettre, une fois de plus, ses espoirs dans la survenance d'une convention internationale relative aux groupes de sociétés. L'opinion est peut-être trop absolue, et il ne nous paraît pas impossible que s'élaborent et fonctionnent diverses législations ayant cet objet et que la découverte de nouveaux critères de rattachement permettrait de faire vivre ensemble. Les inconvénients qui pourraient en résulter ne seraient-ils pas la base même, concrète et riche d'expérience, de négociations menées en vue de l'adoption d'une convention internationale ?

*
* *

364. — Au cours de cette étude destinée à tenter d'évaluer l'emprise exercée par les règles de conflit de lois sur les relations économiques internationales, nous avons été ainsi amené à relever diverses restrictions au domaine de ces règles. Ces restrictions, d'importance variable, résultent aussi bien des progrès de la *lex*

(68) Cf. l'article 6 du *Titre I* relatif aux entreprises dominantes et dépendantes, l'article 130 et suivants du *Titre V* relatif au comité d'entreprises de groupe et le *Titre VII*, siège de la matière. Voir déjà R. SINAY, « Le droit des groupes de sociétés dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *Gaz. Pal.*, 1968.1.118 et s.

(69) Cf. B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 164 et s.

(70) B. GOLDMAN, *id.*, p. 171.

mercatoria — essentiellement devant les juridictions arbitrales et dans les limites que nous avons cru pouvoir constater — que de l'abandon, par le juge étatique, du procédé conflictuel au profit de celui qui consiste à poser des règles de droit international privé matériel.

Si nous faisons à présent abstraction des problèmes, très spéciaux, que soulèvent les contrats conclus par les Etats souverains avec des particuliers, ainsi que de ceux, encore à peine esquissés, provoqués par les dimensions ou l'activité de certaines sociétés commerciales, la constatation qui s'impose de la manière la plus évidente est que ces réalités témoignent moins d'une « crise des conflits de lois », pour reprendre les termes de G. Kegel (71), que d'un malaise grave de la « loi d'autonomie ».

Ce malaise paraît, de prime abord, résulter du fait que le contrat international se trouve, à tort, naturalisé dans un cadre national : la tentation est grande alors, selon la tendance contemporaine, d'en rechercher le remède dans l'élaboration de solutions substantielles a-nationales, issues ou non de conventions interétatiques ; c'est celle qui anime la doctrine des « *substantivists* » (72) et dont, sous leur impulsion, on cherche de plus en plus à relever les traces dans la pratique contractuelle et arbitrale internationale.

Mais il ne faut pas oublier que, issues de préoccupations d'un ordre tout différent, les lois de police contiennent une autre menace à l'encontre de la « loi d'autonomie », non parce qu'elles constitueraient un procédé concurrent, mais parce qu'elles la vident de plus en plus de sa substance (73). Sous ces deux pressions exercées en des sens opposés, la « loi d'autonomie » n'apparaît plus guère que comme une baudruche appelée à plus ou moins long terme à se défaire en totalité.

365. — Ces considérations pessimistes relèvent cependant encore largement de l'art divinatoire. Lorsqu'on ne le possède pas et que l'on s'en tient au droit positif, particulièrement tel qu'il résulte de la jurisprudence française, la crise de la loi d'autonomie se manifeste en trois traits dont le rappel ne fera que résumer nos développements précédents.

Il est d'abord certain que le contenu même de la loi contractuelle se réduit de plus en plus, le dépeçage du contrat se poursuivant inexorablement au gré de l'essor du droit économique et social qui ne saurait s'accomoder d'un domaine d'application aussi peu conforme à ses nécessités. Puis, à supposer que l'on soit bien dans

(71) « The crisis of conflict of laws », *Recueil*, n° 112, 1964.II, p. 95.

(72) Terme dont G. KEGEL (*op. cit.*) recouvre la doctrine de MM. Steindorff, Wengler, Schmitthoff, P. Kahn, B. Goldman, Goldstajn..., partisans à des degrés divers de la *New Law Merchant* ou *lex mercatoria*.

(73) Nous avons vu (cf. *supra*, n° 87 et s.) qu'elles formaient des rattachements concurrents s'ajoutant à ceux dont faisaient déjà traditionnellement l'objet la capacité et les droits réels, distincts du rattachement contractuel,

le domaine proprement contractuel, le procédé du conflit de lois se trouve parfois éliminé au profit de solutions jurisprudentielles prétoriennes particulières aux contrats internationaux. La plus importante de ces solutions, à cet égard, est celle qui confère aux parties à un contrat international la liberté de choisir la loi — loi d'un Etat si l'on s'en tient à la jurisprudence de l'arrêt des *Messageries Maritimes* — qu'elles désirent voir appliquer à leur contrat. Enfin, dans l'hypothèse où les deux précédents obstacles ont été franchis ou plutôt évités, c'est la formulation de la règle de conflit applicable aux contrats qui apparaît elle-même source d'hésitations, comme nous l'avons vu, de la part de la jurisprudence.

Ce dernier point paraît assurément nécessiter l'effort le plus immédiat, dans le sens d'une plus grande objectivité des solutions, fondée sur la localisation du contrat international en vue de déduire, devant le silence des parties, la loi applicable. Si réduit que puisse encore sembler le domaine de la loi du contrat, si menacé que soit le principe même de l'application en ce domaine d'une loi nationale, l'existence d'une véritable règle de conflit paraît encore ici, et pour longtemps, indispensable. Les difficultés mêmes qui font obstacle à son énoncé sont le signe essentiel de cet aspect, limité, de la crise des conflits de lois dont l'atténuation commande qu'elles soient dès à présent, et indépendamment des développements de la *lex mercatoria*, surmontées.

TROISIÈME PARTIE

**DOMAINE DE LA RÈGLE
DE CONFLIT DU FOR**

366. — Une étude du rôle de la règle de conflit en droit international privé ne saurait, comme il a été dit dans l'introduction, se limiter à ces aspects, en quelque sorte méthodologique — place du procédé dans un système national de droit international privé — et sociologique — emprise de fait dans les relations économiques —, sur lesquels nous avons jusqu'ici porté notre attention.

Il devient en effet nécessaire d'aborder les questions soulevées par les *conflits de systèmes* nationaux de droit international privé. La doctrine unilatéraliste, respectueuse de la volonté d'application de la loi étrangère, entraîne naturellement la négation de tout rôle de la règle de conflit de type bilatéral : elle réalise donc une prévention plus qu'une solution de ces conflits de systèmes. Lorsque ces conflits ne peuvent cependant être évités, plusieurs lois revenant, aux yeux du juge saisi, leur compétence, cette doctrine fait intervenir l'idée de respect international des droits acquis fondé sur le respect de la continuité de la vie juridique de l'individu (1).

Une conception plus classique, mais néanmoins relativement récente, maintient au contraire intact le recours aux règles de conflit bilatérales dont la diversité et le caractère national détermineront un effort de solution des conflits de systèmes, qui en découlent inéluctablement, axée autour de la notion essentielle de coordination de ces règles de conflit. Une telle conception engendre par nécessité cette nouvelle question de savoir quelle part reviendra, dans la solution des conflits de systèmes, à la *règle de conflit du for* par rapport aux règles de conflit étrangères avec lesquelles la coordination s'impose.

Le temps n'est plus, en effet, où la consultation de sa propre règle de conflit se présentait de manière absolue — qu'il s'agisse de création des droits ou de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères — et indiscutable, au juge saisi.

La tradition, correspondant à une tendance naturelle du juge, était dans le sens d'une utilisation sans partage de la règle de conflit du for, qui, depuis la création des droits, s'est étendue jusqu'à la reconnaissance des décisions étrangères (2). Sous l'un et l'autre aspect, le domaine de la règle de conflit du for se trouve à présent contesté de manière plus ou moins radicale, mais à tort, selon nous, le recours à la règle de conflit du for représentant la solution à la

(1) Pour les critiques adressées à cette doctrine, voir *supra*, nos 49 et s.

(2) Reconnaissance pour laquelle le contrôle de la loi appliquée, exercé en vertu de la règle de conflit du for, ne s'est affirmé qu'au long d'une certaine évolution, cf. *infra*, nos 452 et s.

fois la plus naturelle et aussi la plus logique, dont la généralisation permet d'assurer la cohérence de l'ensemble de la matière, sous réserve de l'appel à certains mécanismes, tel le renvoi, destinés à assurer la nécessaire coexistence des diverses règles de conflit nationales.

367. — Il nous a donc paru indispensable de compléter cette étude portant sur le rôle de la règle de conflit par l'exposé des problèmes que soulève le choix même de cette règle — locale ou étrangère — de conflit. Il aurait été simple, pour ce faire, de distinguer entre création de droits et efficacité dans le for des décisions étrangères. Nous verrons cependant que certains raisonnements — et particulièrement celui mené sur le problème des « questions préalables » (3) — peuvent se situer à la jonction des deux idées. Pour cette raison, sous des titres plus prosaïques, peut-être, mais plus clairs, sûrement, nous envisagerons donc dans un premier temps les *instances introduites directement devant le for*, et pour simplifier notre point de départ, devant le for français : ceci nous permettra de considérer les critiques adressées, en cette hypothèse, à l'emploi par le juge de sa propre règle de conflit dans le processus de détermination de la loi applicable à ces instances (Titre I).

Rejetant ces critiques, et confirmant donc sur ce premier point la valeur des thèses classiques, il nous restera à déterminer si, s'agissant cette fois des *effets des jugements étrangers*, on doit encore consacrer une pareille prééminence de la règle de conflit du for, en lui subordonnant partiellement le contrôle de validité des décisions étrangères (Titre II).

(3) Cf. *infra*, nos 369 et s.

TITRE I

INSTANCES INTRODUITES DIRECTEMENT EN FRANCE

368. — Lorsqu'il doit, afin de lui donner la solution convenable, découvrir la loi applicable au litige présentant un élément d'extranéité qui lui est soumis, le juge étatique applique d'instinct son propre système de règlement des conflits de lois (1), sous réserve de l'existence de conventions internationales. C'est, précisément, dans ces hypothèses où la législation internationale, substantielle ou non, fait défaut, que « chaque législateur édicte de sa propre autorité des règles de conflit de lois sans se soucier de la divergence des règles étrangères : c'est apparemment pour que ses juges appliquent son système et non ceux des autres » (2).

Une atteinte, vieille déjà presque d'un siècle, a semblé devoir entamer ce qui, mieux qu'un principe, est toujours apparu ainsi comme une nécessité logique : cette atteinte, c'était le mécanisme du renvoi qu'à la suite d'une ancienne doctrine on regarda comme entraînant un abandon de la règle de conflit du for, jusqu'à ce que de plus récents travaux démontrent que, la règle de conflit étrangère n'entrant en jeu qu'en vertu de la désignation de la règle de conflit du for, le rôle de celle-ci demeurerait intact (3).

Si les controverses qu'a soulevées le renvoi semblent s'être apaisées, de nouvelles attaques sont menées à l'encontre de la « compétence » de la règle de conflit du for, visant à lui dénier tout ou partie de son utilité dans la désignation de la loi applicable au litige, au profit exclusif de la mise en œuvre d'une règle de conflit étrangère.

Lorsqu'on scinde, éventuellement pour les répartir entre divers systèmes de droit international privé — comme le fait la *théorie*

(1) Il peut en aller différemment, nous l'avons vu, de l'arbitre international qui, dépourvu de for, peut se considérer comme libre de choisir entre les divers systèmes nationaux de droit international privé, voir *supra*, n° 248.

(2) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 299, p. 360, et le parallèle établi par ces auteurs entre cette question et le règlement des conflits de nationalité.

(3) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *id.*, n° 304, p. 365.

des « questions préalables » — les divers éléments du litige, ce n'est en effet qu'une fraction de son domaine qui se trouve ôté à la règle de conflit du for et attribué à une règle de conflit étrangère. Ce transfert, nous le verrons, est au reste proposé de manière quelque peu dogmatique, comme une formule mathématique dont l'application doit avoir lieu indépendamment des éléments du litige (Chap. I).

Cette théorie prend cependant place dans le cadre d'une vaste *remise en cause des méthodes classiques de résolution des conflits de systèmes*, fondées sur la prééminence du système de conflit du for, qui prétend justifier l'exclusion de ce système par des considérations tirées d'un examen approfondi des circonstances de chaque espèce (Chap. II).

Ces diverses attaques n'ont jusqu'à présent guère ému la jurisprudence, non plus que le législateur français. Leur intérêt théorique est cependant considérable, même, et, pourrait-on dire, surtout, si elles ne provoquent qu'un besoin de défendre la valeur des mécanismes classiques, en raison de la réflexion qu'elles imposent ainsi sur ceux-ci.

*
* *

CHAPITRE I

LE PROBLÈME DIT DES « QUESTIONS PRÉALABLES » OU « INCIDENTES »

369. — Il y a *question préalable* lorsque, la règle de conflit du for ayant déterminé la compétence d'une règle matérielle X à l'effet de régir un rapport juridique B, l'application de cette règle matérielle pose la question d'un rapport juridique A préalable, dont l'existence conditionne celle du rapport B.

Il s'agit de savoir si la règle de conflit du for F, qui a déjà désigné le droit applicable au rapport B (formant la question principale), sera de nouveau consultée pour désigner la règle matérielle en vertu de laquelle sera appréciée l'existence ou la validité du rapport A (formant la question préalable).

Un exemple concret illustrera cet énoncé. Supposons qu'un individu décède en France, où il est domicilié, rendant ainsi les tribunaux français compétents à l'effet de régler sa succession. Supposons encore que cette succession soit entièrement composée d'immeubles sis en Allemagne et qu'elle soit réclamée par un enfant adoptif du défunt. Le juge français, appliquant la règle de conflit française, désignera la loi allemande pour résoudre la question principale de la succession. Mais le titre de l'enfant adoptif étant contesté, la vérification de la régularité de l'adoption pose une question préalable à l'application de la loi successorale allemande. *Quel système de conflit* le juge français devra-t-il consulter pour déterminer la règle matérielle applicable à cette question préalable ?

370. — Cet exemple concret permet de dégager dès à présent certains traits essentiels des questions préalables, qui achèveront cette présentation.

En premier lieu, la question préalable est dans un lien d'interdépendance avec la question principale tel que celle-là constitue la condition de celle-ci qui n'en est qu'une conséquence.

En second lieu, le rapport juridique qui fait l'objet d'une question

préalable pourrait, ou aurait pu, en d'autres circonstances, fournir l'argument principal d'un procès au for (1).

On en conclut donc qu'il n'y a pas de différences *de nature* entre les rapports juridiques faisant respectivement l'objet d'une question préalable ou d'une question principale, mais simplement une situation d'antériorité chronologique et logique de la question préalable par rapport à la question principale.

Ces considérations conduisent par elles-mêmes à écarter toute analogie possible entre ce problème et celui des questions préjudicielles qui se pose en droit interne. Il y a en effet une profonde différence *de structure* entre les questions préalables de droit international privé — pour lesquelles il s'agit de faire choix entre divers systèmes juridiques nationaux afin de déterminer celui qui régira la question préalable — et les questions préjudicielles du droit interne, questions pour lesquelles la faculté de choix évolue à l'intérieur d'un même système juridique, entre différentes branches du droit revendiquant plus ou moins leur autonomie.

Outre cette absence d'équivalence entre les données de base des deux problèmes, M. P. Lagarde a montré que l'incertitude des solutions du droit interne, souvent à base d'opportunisme, empêchait que l'on puisse en tirer argument pour les problèmes propres au droit international privé (2).

371. — Le droit international privé a donc besoin d'une solution particulière qui soit de nature à écarter tout empirisme. Idéalement quatre systèmes de solution peuvent être envisagés (3).

Les deux premiers systèmes aboutissent à dégager la compétence *directe*, à l'effet de régir la question préalable, soit de la règle matérielle du for (la loi française, dans l'exemple), soit de la loi matérielle étrangère (c'est-à-dire la loi allemande). Mais, comme l'a observé Robertson, ces deux systèmes doivent être écartés car, la situation étant internationale, elle doit relever des règles matérielles *désignées indirectement* par des règles de conflit.

Le choix se réduit donc à deux systèmes. Le premier propose de faire appel au droit international privé du for, et le second au droit international étranger, c'est-à-dire aux règles de conflit appartenant au même système juridique que le droit matériel applicable à la question principale (en l'espèce, choix entre le droit international privé français ou allemand, eux-mêmes susceptibles de désigner tel droit interne, X, Y ou Z).

D'importants intérêts s'attachent à ce choix. En effet, si pour résoudre la question préalable, on devait faire appel à une règle de conflit étrangère, il s'ensuivrait, dit-on (4), par analogie avec les

(1) On aurait pu, ainsi, hors de tout problème successoral, contester directement la validité de l'adoption.

(2) P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Revue*, 1960, p. 462-463.

(3) Cf. ROBERTSON, *Characterization in the conflict of laws*, 1960, p. 139.

(4) Cf. notamment, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 466.

règles de renvoi, que l'interprétation de cette règle de conflit devrait se faire selon les conceptions de la loi étrangère. Ceci excluerait, d'une part, la qualification *lege fori* et, d'autre part, le pourvoi en cassation pour violation de cette règle de conflit. Enfin, l'ordre public du for se verrait écarté pour l'appréciation de la loi régissant la question préalable (5).

372. — *Les partisans de la théorie des questions préalables* résolvent le problème en faveur de la compétence de la règle de conflit étrangère : la question préalable ne se pose que *par* et *pour* la question principale ; cette dépendance doit conduire à les soumettre au même ordre juridique.

Cette théorie propose donc que le juge du for examine la question dont il est incidemment saisi comme l'aurait fait le juge de l'Etat dont le droit gouverne la question principale, s'il avait eu à connaître du procès (6). Ce juge devra donc consulter les règles de rattachement qui font partie du même système juridique que la loi régissant la cause au fond.

Cette construction marque une nouvelle volonté de restriction du domaine de la règle de conflit du for. « Dans l'esprit de ses défenseurs — écrit M. J. Foyer — [elle] a été élaborée pour limiter la compétence trop absolue de la règle de conflit du for » (7). Il serait en effet vain et dénué de conséquences de postuler que le juge du for n'applique en ce cas le droit international privé étranger que sur les indications de son propre droit, comme on le prétend à juste titre en matière de renvoi, puisque la loi matérielle applicable à la question préalable est découverte sur la seule indication de la règle de conflit étrangère.

Cette théorie si importante — ne serait-ce que par l'ampleur de ses ambitions — n'a cependant fait l'objet en France, jusqu'à présent, que d'un intérêt tout relatif. Si le problème a suscité diverses études à l'étranger (8), c'est à proprement parler d'une théorie *allemande* qu'il s'agit (9).

(5) Ces conséquences sont déduites, par M. LAGARDE (*id.*, p. 466), des solutions affirmées par la jurisprudence en matière de renvoi. Il s'agit principalement des arrêts de la Cour de cassation des 7 mars 1938, *De Marchi* (*Revue*, 1938.472), et 8 déc. 1953, *Sommer* (*Revue*, 1955.133, note Motulsky). Ce dernier, notamment, a écarté le contrôle de l'application de la loi étrangère, polonaise, de renvoi. Quant à la qualification *lege fori*, sa principale justification réside dans le fait qu'il s'agit d'appliquer la loi de conflit du for : il s'ensuit que sa nécessité disparaît lorsque la règle de conflit utilisée n'est plus celle du for. M. Lagarde peut donc citer à l'appui de ses considérations, la doctrine de M. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., 1959, nos 310 et 342 (voir la 5^e éd., nos 310 et 338).

(6) Voir l'exposé de la théorie chez MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangers », *Revue*, 1955, p. 452.

(7) Note à la *Revue*, 1966.424.

(8) Aux Etats-Unis : GOTLIEB (« The incidental question in anglo-american conflict of laws », *Canadian Bar Review*, t. 33, 1955, p. 523), en Italie : VENTURINI (« Le questioni pregiudiziali », *Giurisprudenza comparata di D.I.P.*, vol. XI, 1954, p. 184), et au Portugal : ROSA (*Da questão incidental em direito internacional privado*, Lisbonne, 1960) et MOREIRA (*Da questão prévia em direito internacional privado*, Coimbra, 1964).

(9) Cf. en ce sens, M. P. FRANCESKAKIS, *Le renvoi...*, 1958, p. 203 et s.

C'est en effet en Allemagne que naquit cette doctrine sous la plume de Melchior, en 1932 (10) et de Wengler en 1934 (11), ce dernier la précisant régulièrement depuis, grâce à de nombreux articles et notes.

La doctrine française, en la personne du doyen Maury, avait cependant pris très rapidement une conscience aiguë de la question (12), et M. P. Lagarde fait actuellement figure de théoricien en ce domaine.

Il demeure toutefois que l'immense majorité des travaux nous vient d'outre-Rhin et que, fait significatif, ils débordent le cadre savant des articles ou chroniques pour faire partie intégrante, et ordinaire des cours et des traités (13).

373. — Telle qu'elle est formulée, la théorie des questions préalables évoque irrésistiblement diverses autres constructions doctrinales plus ou moins consacrées par la pratique judiciaire. Doit-elle en être distinguée ou bien ne représente-t-elle qu'une originale formulation de principes antérieurement dégagés ?

Pourrait-elle n'être, tout d'abord, qu'un cas particulier de renvoi ? Il y a certes un présupposé commun aux deux théories : lorsque la règle de conflit du for désigne un droit étranger, elle ne fait pas que désigner la règle matérielle, mais se réfère également au droit international privé appartenant au système juridique en cause. S'il est besoin, ce dernier sera donc consulté pour donner compétence à telle règle de fond.

L'importante différence, qui rend artificielle la comparaison, est que, dans la construction du renvoi, et à la différence de la question préalable, les deux règles de conflit — celle du for et la règle étrangère — concernent le même rapport juridique.

On ne peut donc guère retenir qu'une source commune d'inspi-

(10) *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*.

(11) « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Cf. également : SERICK, « Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, p. 633 et s.

(12) Voir MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, n° 57, 1936, III, p. 329.

(13) Cf. notamment RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., 1955 ; NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1954 ; M. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., 1954 ; LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, n° 69, 1939, III, p. 5 et s. ; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 1960 ; SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, 4^e éd., 1957 ; NUSSBAUM, *Principles of private international law*, etc.

D'Allemagne également le premier — et l'un des rares — travail de monographie consacré à cette théorie ; il s'agit de la thèse de M. HOFFMEYER, *Das international privatrechtliche Vorfragenproblem*, thèse polycopiée de Bremerhaven, 1957.

Mais la question de savoir si la théorie peut être également considérée comme faisant partie du droit positif allemand est à réserver.

ration. Source qui se concrétise dans la volonté d'éviter les conflits de systèmes, en suggérant au juge saisi de statuer *comme* aurait statué le juge étranger dans la même affaire.

Des rapprochements plus féconds peuvent être opérés avec, d'une part, la théorie des droits acquis et, d'autre part, la théorie des qualifications.

Fait caractéristique, c'est à propos du respect des droits acquis que M. Francescakis étudie la doctrine des questions préalables en menant une comparaison entre les deux notions. Mais s'il retient une analogie sur le point essentiel qu'est « la déclaration d'inapplicabilité de la règle de conflit du for », résultat commun, il démontre que les prémisses de chaque théorie sont différentes et, surtout, que les auteurs — allemands — de la doctrine des questions préalables se sont placés au départ sur un plan voisin de celui des qualifications. Ce plan serait, selon l'expression de M. Francescakis, celui de « la cohésion conceptuelle du droit international privé » (14).

Il semble malgré tout évident qu'une analogie d'inspiration ou de résultat ne permet pas, à elle seule, de ramener la doctrine des questions préalables à une de ces techniques déjà connues du droit international privé. C'est à juste titre qu'elle prétend apporter une solution nouvelle dans le domaine assez neuf des problèmes soulevés par les conflits de systèmes.

Une autre question est d'apprécier sa valeur et, surtout, l'opportunité de son introduction dans le droit positif, français notamment. Or cette théorie présente, *a priori*, deux traits susceptibles de jeter quelque doute sur sa valeur. Non seulement, en effet, ses fondements font l'objet de controverses (Sect. I), mais encore sa portée se trouve limitée (Sect. II). L'étude de ces caractéristiques permettra d'émettre certaines conclusions (Sect. III).

SECTION I

THÉORIE CONTROVERSÉE

374. — La théorie de Melchior et de Wengler est contestée en Allemagne même (15).

(14) Cf. *Le renvoi*..., p. 209-210. M. Francescakis expose que, pour la doctrine allemande, dont la conception vis-à-vis de l'exception d'ordre public est plus restrictive que la nôtre, ce sont les rapports conceptuels existant entre la règle de conflit et la règle interne — ainsi dans la relation succession-adoption — qui permettent une élimination « normale » et « technique » des effets d'une institution étrangère — ainsi de la légitimation adoptive. Ils font ainsi apparaître un conflit de systèmes lorsque la question préalable fait l'objet de l'appréciation d'un système étranger dont les vues, plus larges, diffèrent de celles du système du for.

(15) Notamment par RAAPE, *op. cit.*, et KEGEL, *op. cit.* : cf. J. MAURY, *préc.*, *Revue*, 1960, p. 476.

La discussion s'est engagée, plus ou moins âpre, sur deux plans ; celui des avantages pratiques de la théorie, en premier lieu, celui de ses fondements ensuite.

§ 1. — Discussion de ses avantages pratiques

A. — CRITIQUE DES AVANTAGES PROPOSÉS PAR LES AUTEURS DE LA THÉORIE.

375. — Les *avantages* volontiers *reconnus* à la doctrine par ses partisans peuvent être ramenés à deux arguments principaux. La soumission de la question préalable à l'ordre juridique étranger présenterait non seulement l'intérêt de valider des situations acquises à l'étranger, mais encore celui de donner au litige la même solution dans le plus grand nombre d'Etats, et d'assurer ainsi, à cette occasion, une harmonie internationale des décisions.

376. — 1^o *Le maintien des situations acquises.* — Par « situation acquise », il faut entendre ici une situation qui s'est créée en contrariété avec l'ordre juridique du for, mais en conformité des droits au contact desquels elle se trouvait au moment de sa formation.

Si le juge du for règle selon sa propre norme de conflit ce rapport qui constitue pour lui une question préalable, les chances de validation (16) de ce rapport sont très réduites ; elles sont en réalité subordonnées à la convergence hypothétique des règles de rattachement, ou encore à la similitude de solution des diverses lois matérielles susceptibles de désignation.

La situation a par contre les plus grandes chances d'être validée si le juge la résout grâce à la règle de conflit étrangère. On peut en effet présumer que ce rapport présentait quelque contact avec l'ordre juridique étranger au moment de sa formation et qu'en conséquence cette solution correspond à la plus grande *prévisibilité* des parties à ce rapport.

Un exemple emprunté à la jurisprudence autrichienne permettra de mieux apprécier cet avantage. Un Bulgare et une Autrichienne contractent mariage en 1950 à la légation de Bulgarie, à Vienne. Peu de temps après, naît de cette union un enfant inscrit comme enfant légitime sur les registres d'état civil. Les autorités de l'état civil contestent cette inscription et demandent la rectification de

(16) Ce terme est employé par M. Francescakis qui, rapportant la pensée de M. Wengler, voit la possibilité de « valider par ce biais [application d'une règle de conflit étrangère] certains effets isolés de situations acquises en contravention à la règle de conflit du for ». Nous dirions plutôt qu'il s'agit de maintenir, ou non, ces effets de situations acquises et précisément, par hypothèse, déjà valides.

l'acte. Le *Bezirksgericht* de Wiener Neustadt, puis l'*Oberster Gerichtshof* rejettent la demande : la question (principale) est celle de la légitimité de l'enfant ; le droit international privé autrichien désigne la loi nationale du prétendu père à l'époque de la naissance à l'effet de régler cette question ; or, le droit international privé bulgare, consulté sur la question (préalable) de la validité du mariage, permet le mariage diplomatique. La validité du mariage selon le droit bulgare entraîne donc la légitimité des enfants en Allemagne.

Il est à remarquer que ce résultat n'aurait pas été obtenu si l'on avait appliqué le droit international privé autrichien à la question préalable du mariage, puisque les formes locales n'avaient pas été respectées (17).

377. — Le maintien des situations « acquises » n'est en réalité qu'une *possibilité* et non une certitude.

On conçoit logiquement que l'inverse puisse se produire, c'est-à-dire qu'une situation qui eût été validée en application du droit international privé du for ne le soit pas en raison du droit international privé étranger.

A l'appui de ce qui vient d'être dit, on peut prendre l'exemple suivant : deux Espagnols s'étant mariés civilement en France, la légitimité de leur enfant se trouve contestée devant un tribunal français. La question principale (légitimité de l'enfant) étant soumise à la loi espagnole, loi des effets du mariage, l'alternative concernant la question préalable est la suivante : ou bien, par application du droit international privé du for, français, la loi matérielle française est applicable, s'agissant d'un problème de forme d'un acte passé en France, et le mariage est valable ; ou bien, par application du droit international privé espagnol, la loi matérielle espagnole est désignée, et le mariage est nul en raison de l'absence de célébration religieuse.

Si le problème ne s'est pas posé exactement en ces termes en France (18), la jurisprudence allemande a dû le résoudre, et ses solutions vont confirmer nos vues.

Il s'agissait de deux Grecs, mariés en Allemagne, suivant les formes allemandes, circonstance qui rendait ce mariage nul en droit grec mais valable en droit allemand. La question se posant de la légitimité de l'enfant issu de cette union, le *Bayerisches Oberstes* déclara que, si la légitimité ressortissait à la loi nationale, grecque, du père, la question préalable du mariage devait être déterminée en conformité des règles de conflit allemandes (19). Ici encore,

(17) *Oberster Gerichtshof*, 25 oct. 1952, *Revue*, 1955.110, note Wengler, qui signale toutefois que l'illégitimité des enfants n'en eût pas nécessairement découlé, mais qu'alors le problème eût été singulièrement plus complexe.

(18) Il l'aurait pu cependant ; voir *infra*, n° 397, note 65, les problèmes soulevés par le mariage civil d'Espagnols en France.

(19) *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 8 oct. 1963, *Clunet*, 1967.404.

l'application du droit international privé étranger eût abouti à invalider la « situation acquise ».

Il est donc clair, pour conclure, que la seule préoccupation du maintien des situations acquises n'est pas de nature à fonder un principe général consistant à appliquer en toute occasion le droit international privé étranger à la question préalable, mais au contraire ne peut mener qu'à des solutions d'opportunité (20).

378. — 2° *L'harmonie internationale des décisions.* — L'exposé le plus succinct de la théorie des questions préalables fait ressortir ce principe fondamental selon lequel le juge du for doit régler la question préalable comme l'aurait fait le juge de l'Etat dont la loi matérielle s'applique à la question principale.

La théorie des questions préalables a toutefois des desseins plus ambitieux en ce qu'elle vise à assurer la convergence des solutions dans le plus grand nombre d'Etats possibles.

C'est ainsi que M. Wengler dégageant, en 1952, les « principes généraux du droit international privé », fait du « principe du minimum des conflits internationaux » une méthode *normale* pour la résolution des questions du droit international privé.

Il en donne la définition suivante : c'est le principe en vertu duquel le droit applicable doit être déterminé de telle manière que la solution soit, autant que possible, identique à celle donnée dans d'autres Etats et, en particulier, dans ceux qui, à l'égard du même litige, affirment la compétence de leurs propres tribunaux (21).

Par la suite, il précisera qu'il « vise, bien plus, à éviter le heurt entre les impératifs juridiques concrets prescrivant aux individus des comportements opposés » (22).

Le principe du minimum des conflits internationaux serait, pour M. Wengler, la base qui soutient la solution des questions préalables aussi bien que le renvoi. Dans l'un et l'autre cas, il prescrit, afin d'éviter des décisions discordantes, que l'Etat qui ne présente aucune attache avec le litige justifiant la compétence de sa propre loi, applique, même à l'encontre de ses propres règles de conflit, le droit que les Etats « impliqués » sont d'accord pour désigner.

C'est ainsi qu'un Ecossais se voit refuser le droit d'épouser une Allemande. Récemment divorcé en Allemagne, cet Ecossais demandait aux tribunaux allemands de le dispenser de produire un certificat d'aptitude au mariage. Il ne pouvait, en effet, obtenir ce dernier puisque le droit écossais ne reconnaissait pas le jugement de divorce intervenu en Allemagne. Il est débouté de sa prétention.

(20) En ce sens, voir P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 466-467.

(21) Cf. « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Revue*, 1952, p. 610 et s.

(22) « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Revue*, 1966, p. 211. M. Wengler rattache ce principe à l'harmonie internationale des lois, dont il fait remonter la découverte à F. Kahn.

Le juge allemand a pris en considération le fait que le fiancé n'était pas libre de se marier selon sa loi nationale et, qu'en conséquence, les enfants de cet homme seraient illégitimes en Ecosse.

La solution allemande va donc s'aligner sur la solution écossaise (vraisemblable), afin d'éviter toute discordance, car « un mariage non reconnu dans le pays de l'un des époux comporte tant d'incertitudes et de risques pour les intéressés que le refus de la dispense s'impose à ce seul titre » (23).

379. — Ce principe du minimum des conflits internationaux n'est cependant pas à l'abri de critiques que nous emprunterons à la plume même d'un des partisans de la théorie des questions préalables, M. P. Lagarde.

Cet auteur note (24) que cette justification de la théorie, si elle est de nature à séduire principalement la doctrine anglo-américaine, est insuffisante, et que l'harmonie internationale des décisions est le plus souvent inaccessible.

Le doyen Maury, sceptique quant à la théorie des questions préalables, fait de son côté observer que la valeur — idéalement bonne — du principe du minimum de conflits ne doit pas être exagérée et rappelle que M. Wengler lui-même oppose au principe de l'harmonie des décisions un second principe qui est celui de « l'harmonie matérielle ».

Nous verrons, à propos des limites de la théorie, comment se combinent ces deux principes contraires. Il suffit actuellement de retenir que l'harmonie internationale des décisions procède d'une vue trop peu réaliste pour fonder une théorie (25).

M. Wengler a d'ailleurs été sensible à cet argument, comme en témoigne l'évolution de sa terminologie : si, en 1934 il songe à « l'uniformité des décisions », en 1953, il préconise l'expression, meilleure selon lui, de « principe de la plus grande approximation de l'unité des décisions » (26). La relative prudence de la formule paraît significative.

(23) Président de la Cour Hanséatique de Hambourg, 5 août 1954, *Revue*, 1957.50, note Wengler. Voir, *infra*, sur les conséquences de cette solution, n° 397.

(24) *Op. cit.*, p. 467.

(25) On a relevé, en effet, que cette harmonie ne pouvait être atteinte que de manière fortuite : VAN HOOGBRATEN, « Le droit international privé néerlandais et la question préalable », *Mélanges R.D. Kollewyn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 209 et s. Elle se voit opposer l'obstacle de la diversité des règles de conflit qui peut avoir pour conséquence que les divers Etats intéressés ne désignent pas la même loi interne pour régler la question principale, donc ne se réfèrent pas au même système de droit international privé pour désigner la loi applicable à la question préalable.

(26) « Principes généraux... », *Revue*, 1953, p. 50.

B. — AUTRES CRITIQUES.

380. — Il semble que les *critiques* qui peuvent être adressées à la théorie des questions préalables ne se bornent pas, sur le terrain des avantages pratiques, à la discussion des arguments présentés par ses partisans.

Il faut en effet juger à présent des difficultés *réelles* susceptibles de se dresser devant le juge du for qui désire mettre en œuvre la doctrine des questions préalables.

381. — De façon générale, on peut estimer qu'une telle théorie est trop abstraite pour un juge poussé instinctivement — et normalement — à appliquer son propre droit international privé (27). Si l'on admet par hypothèse qu'il s'agit cependant d'un juge particulièrement rompu aux techniques du droit international privé et réceptif aux nouveaux enseignements, il n'empêche que dans l'immense majorité des cas se présentant à lui (quel rapport juridique ne pose-t-il pas, en fin de compte, une question préalable ?), se trouveront certaines situations complexes propres à le mettre dans l'embarras. On peut, dès à présent, songer à deux hypothèses différentes.

La première concerne le cas où la question principale est, elle-même complexe, de telle sorte qu'elle est régie par l'application cumulative de deux ou même plusieurs lois matérielles ; ou bien encore, le droit positif n'étant pas encore nettement fixé, il y a hésitation sur le droit applicable à la question principale. Quelle solution préconiser alors ? L'application cumulative des systèmes de conflit paraît, pour le moins, « très discutable » (28).

Le cas n'est pas hypothèse d'école puisque la jurisprudence française nous en fournit un exemple dans l'affaire de l'adoption de *A.F. Searle* par l'écrivain Somerset Maugham.

Le Tribunal de grande instance de Nice constate que, tant au regard de la loi anglaise qu'au regard de la loi française, l'adoption est irrégulière, pour des motifs d'ailleurs différents qui se cumulaient en l'espèce.

Le tribunal renonce donc à effectuer un choix qui s'avère difficile et se tourne tout naturellement vers le système de conflit du for. « Cette solution — écrit M. J. Foyer — est peut-être critiquable d'un point de vue théorique..., elle montre cependant combien est

(27) On trouve une critique analogue sous la plume de M. FRANCESCAKIS, qui dénonce « le caractère décidément trop laborieux de la démarche intellectuelle qu'elle impose » (*Rép. Dr. intern. Dalloz*, V^o *Conflits de lois, Principes généraux*, n^o 366). Cf. également son compte rendu à la *Revue* de 1963, p. 871, de la contribution, précitée, de M. VAN HOOGBSTRATEN, aux *Mélanges Kolléwijn et Offerhaus*.

(28) Ainsi que l'écrit M. J. FOYER, dans sa note à la *Revue*, 1966.424.

naturelle la démarche qui conduit le juge à se tourner vers son propre système de conflit pour résoudre les questions préalables » (29)

La seconde hypothèse ne sera indiquée que pour mémoire, étant seulement destinée à suggérer quelles redoutables difficultés guettent le juge qui abandonne sa propre règle de conflit.

On peut en effet imaginer que, tel le jeu des poupées russes qui s'emboîtent, la question préalable fasse surgir à son tour une autre question préalable elle-même subordonnée à une troisième question préjudicielle...

Ce sera, ainsi, le cas d'un problème (principal) de dévolution successorale au conjoint survivant, posant la question préalable de validité du mariage. Cette validité étant mise en cause par la minorité d'une des parties, par exemple, il peut alors se poser le problème de la validité de l'autorisation accordée à celle-ci et, à supposer que l'autorisation ait été accordée par un individu dont les liens de parenté avec le futur époux sont contestés, une dernière (?) question préalable de filiation naturelle, adoptive... sera soulevée. Le raisonnement en termes de questions préalables, déjà délicat au premier stade, résistera-t-il à telle complexité ?

382. — Hormis ces complications qui restent, en fait, rares, une dernière objection doit être formulée à l'application de la théorie des questions préalables, objection à laquelle le juge du for ne peut demeurer insensible : le risque du *défaut d'harmonie des solutions*, internes cette fois, concernant un même rapport juridique. Un enfant adoptif pourrait ainsi être considéré, en vertu du droit international privé du for, la question faisant l'objet principal d'un procès, comme redevable d'aliments envers son adoptant, tandis que le même tribunal lui dénierait tout lien juridique vis-à-vis du même adoptant et l'excluerait donc de la succession de ce dernier, en application cette fois d'un droit international privé étranger ; c'est le célèbre exemple de Makarov.

Ainsi, non seulement le risque de contradiction est flagrant entre les décisions intervenues au sein d'un même pays, mais, de plus, comme le montre l'exemple, cette solution entraîne un dépeçage inadmissible du statut de la filiation (30).

Raape s'est montré très hostile à pareil résultat : « Le statut de la filiation ne doit ... pas changer » (31) car « il n'y a pas deux mariages et deux parentés, les uns dans la vie et les autres dans la mort. Il n'y en a toujours qu'un » (32).

(29) Trib. gr. inst. Nice, 1^{re} Ch., 3 juill. 1963, *Revue*, 1966.424, note J. Foyer ; *J.C.P.*, 1964.II.13830, note M. Simon-Depitre.

(30) Cf., contre une telle solution : R. PALLARD, « La filiation illégitime en droit français », *Revue*, 1952.623 et s., *Revue*, 1953, 61 et s., 329 et s. et not., p. 74 de la *Revue* de 1953.

(31) Voir son Cours à l'Académie de Droit international de La Haye, *Recueil*, n° 50, 1934, IV, p. 493.

(32) *Id.*, p. 494.

De fait, sans aller jusqu'à parler avec Goldschmidt, cité par Kegel, de « schizophrénie juridique », force est de constater que tous les auteurs font cette objection. Outre Raape, on peut notamment citer le doyen Maury (33), MM. Wolff et Kegel (34).

Certains partisans de la théorie des questions préalables ne se font cependant pas faute de réfuter l'objection qui serait « plus spectaculaire que déterminante ». M. P. Lagarde estime que deux considérations permettent d'ailleurs de l'écarter : tout d'abord, le risque des décisions contradictoires est courant en droit interne puisque seule une autorité relative s'attache au jugement des questions préalables ; ensuite, cette même autorité relative de la chose jugée existe en droit international privé et fait que le risque sera écarté dans les cas les plus choquants (35).

Cette critique, malgré tout, a été source de réflexion pour les partisans de la théorie des questions préalables. Elle a notamment déterminé dans l'œuvre de M. P. Lagarde une distinction destinée à faire place, à côté de la compétence de principe de la règle de conflit étrangère, à la compétence subsidiaire de la règle de conflit du for lorsque la question préalable se trouve « insérée » dans l'ordre juridique du for (36).

M. Wengler admet également la nécessité de reconnaître une limite lorsque, extrapolant à son habitude l'hypothèse soumise à la juridiction du président de la Cour Hanséatique de Hambourg, il envisage toutes les conséquences possibles de la décision allemande de non-reconnaissance, vis-à-vis du seul époux écossais, du divorce allemand (37). « Peut-être — écrit-il — la limite se trouve-t-elle ici dépassée à partir de laquelle le pays du divorce cessera de respecter même quant à la question préjudicielle de l'existence du premier mariage, la règle de conflit du pays dont la loi est applicable à la question principale (à savoir la légitimation de l'enfant). L'harmonie matérielle des décisions rendues et éventuellement à rendre au pays du divorce exige probablement que, par rapport aux enfants nés de sa femme divorcée, le mari divorcé ne soit plus considéré comme le « mari » de sa femme » (38).

§ 2. — Discussion de ses fondements théoriques

383. — Les « avantages » de la théorie, étant contrebalancés par d'indéniables inconvénients, ne fournissent donc pas un argu-

(33) « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, n° 57, 1936, III, p. 560.

(34) Préc.

(35) *Op. cit.*, p. 477-478.

(36) Sur cette notion « d'insertion » dans l'ordre juridique du for, voir *infra*, n° 396.

(37) Voir *supra*, n° 378.

(38) Note à la *Revue*, 1957, p. 58.

ment sûr. Aussi certains, tels M. Lagarde, ont-ils estimé que les véritables justifications de la théorie découlaient d'une analyse de la situation juridique qui contient la question préalable. Là encore on a avancé deux principaux arguments, qui ne semblent pas davantage déterminants.

A. — EXAMEN DES FONDEMENTS PROPOSÉS.

384. — L'analyse de la situation juridique contenant la question préalable révèle, dit-on, que l'apparition du droit international privé étranger résulte pour une part de l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique du for et, pour une autre part de la nécessité de respecter la logique interne du droit étranger matériellement applicable à la question principale.

385. — Sur le premier point, *l'éloignement par rapport à l'ordre juridique du for*, la démonstration est fondée sur le postulat que la règle de conflit du for fait échapper la question principale à l'ordre juridique du for en la soumettant à une loi étrangère. La conclusion en est, selon M. P. Lagarde — à qui nous empruntons ces développements — que « si l'ordre juridique du for se désintéresse ainsi de la question principale, il se désintéresse encore bien plus de la question préalable qui est isolée de lui par l'écran de la question principale, et qui n'a plus aucun contact avec le droit du for ».

Il existe bien, certes, actuellement un lien entre la question et le for puisque celui-ci est saisi du litige ; mais un lien si ténu ne semble pas devoir entraîner la compétence de la règle de conflit du for.

Il n'est cependant pas possible d'examiner ici la valeur de cet argument qui s'insère dans le cadre de théories plus ambitieuses que celle des questions préliminaires (39). M. Makarov en a résumé magistralement le principal thème : « Lorsqu'un comportement juridique n'avait, à l'époque où il fut accompli, aucun point de contact avec l'Etat du tribunal qui, ultérieurement, est appelé à en connaître, et que les parties ne pouvaient prévoir qu'il en aurait jamais, ce n'est pas le droit international privé du for, mais bien celui de l'ordre ou des ordres juridiques auxquels ce comportement se rattachait, lors de son accomplissement, qui est compétent, en tant que les règles de conflit de la majorité de ces ordres juridiques se réfèrent à un seul et même droit matériel » (40).

386. — De plus, *le respect de la logique interne du droit étranger* apparaîtrait comme une nécessité intellectuelle dont le but consis-

(39) Voir *infra*, n° 408 et s.

(40) Nous retrouverons ce thème, *infra*, n° 426 et s., qui semble avoir séduit jusqu'aux juges puisque la Cour de Paris, dans l'affaire de la *Banque Ottomane*, lui a fourni une brillante illustration. Cf. MAKAROV, *op. cit.*, p. 456.

terait à éviter la dénaturation du droit étranger applicable à la question principale : « Le rattachement à une loi... n'est effectif que s'il est une entière soumission à son esprit aussi bien qu'à sa lettre » (41).

Ainsi, pour reprendre l'exemple qui nous a servi de point de départ, si un individu meurt domicilié en France en laissant une « succession allemande » que réclame un enfant prétendu adoptif, c'est la loi allemande qui va régler la dévolution héréditaire et déterminer si les enfants adoptifs héritent. C'est alors respecter la logique interne de cette loi successorale que lui demander ce qu'elle entend par « enfant adoptif ».

Si cette adoption est contestée, s'il apparaît qu'elle doit être appréciée par un droit étranger X..., il est encore normal de décider que le droit allemand pris en sa règle de conflit détermine seul quel sera ce droit : « Ainsi, il ne fait que préciser, par une voie détournée, les conditions de fait du droit successoral qu'il a qualité pour régler » (42). Pour utiliser la terminologie de Melchior et de M. Wengler, il faut dire que la notion d'adoption est « un concept-cadre du droit » — allemand — en l'espèce (43).

387. — Contre ce raisonnement, les adversaires de la théorie ont cependant élevé une objection : si l'application de la règle de droit matériel compétent en vertu du droit international privé du for conduit, en vue de la détermination d'un de ses éléments formant un concept préjudiciel, à un nouveau problème de droit international privé, il appartient au droit du for de résoudre ce nouveau problème, ce nouveau conflit (44).

M. P. Lagarde balaie, non sans une certaine vigueur, cet obstacle. Lorsque se pose un problème soulevé par la détermination d'un point de rattachement (ainsi, le domicile) d'une règle étrangère appelée à jouer en vertu d'un renvoi, il y a, dit-il (45), un lien tel entre la règle de conflit étrangère et la question préalable issue de cette règle de conflit, que l'ingérence de la règle de conflit du for à l'effet de résoudre cette question préalable est « inadmissible » et « absurde ». Il en sera ainsi, *a fortiori*, lorsque la question préalable prend sa source, non plus dans la règle de conflit, mais simplement dans la règle matérielle du droit étranger.

(41) P. LOUIS-LUCAS, « Qualification et répartition », *Revue*, 1957, p. 156.

(42) Voir l'exposé de la théorie dans MAURY, *op. cit.*, p. 558 et s.

(43) Les « concepts-cadre » sont les concepts — adoption, mariage, filiation — qu'utilise la règle de conflit : ils peuvent s'opposer à telle ou telle conception étrangère du même rapport. Cf. P. FRANCESKAKIS, *Le renvoi...*, p. 208 et s. M. WENGLER a considérablement affiné cette notion dans sa plus récente étude, en langue française : « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Revue*, 1966, p. 165 et s.

(44) Voir, en ce sens, M. le Doyen MAURY, *op. cit.*, p. 559, approuvé par M. FRANCESKAKIS, *op. cit.*, p. 211.

(45) *Op. cit.*, p. 472.

On voit donc que les deux fondements théoriques proposés se complètent. Le premier — l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique du for — est destiné à écarter la compétence du droit international privé du for, alors que le second — soit la nécessité de respecter la logique interne du droit étranger — sert à fonder la compétence du système étranger.

Nous retrouverons le premier terme de cette argumentation puisque l'éloignement à l'origine, par rapport à l'ordre juridique du for, d'un comportement juridique a pu être regardé comme une cause générale d'éviction du système conflictuel de ce for (46). Quant au respect de la logique interne du droit étranger, argument qui n'est pas sans paraître impressionnant, on ne voit pas qu'il doive s'imposer au prix d'un mépris de l'harmonie des solutions internes concernant un même rapport juridique (47).

De manière plus abstraite, il est abusif de tirer argument du fait que, lorsque joue le renvoi, l'application d'une règle de conflit étrangère entraîne à demander à cette norme la définition des éléments nécessaires à sa mise en œuvre, pratiquement, à qualifier suivant les conceptions étrangères. Il ne s'agit en effet, dans ce cas, que d'interpréter la règle de conflit appliquée et le lien entre cette règle et les éléments de son application est réellement, logiquement, indissoluble. Il n'y a pas ce même lien entre la règle de conflit applicable, par exemple, en matière de filiation, et la loi matérielle relative, toujours par exemple, à la dévolution successorale. La cohésion véritable est celle du *droit matériel* étranger dans son ensemble, qui fait ainsi que lorsque la loi invite les enfants légitimes à succéder à leurs parents, elle dit ce qu'il faut entendre par enfant légitime. La seule manière d'assurer cette cohésion serait donc de respecter, quant à la question préalable, les concepts, donc les prescriptions, de la loi matérielle désignée pour régir la question principale (48).

L'argumentation ici contestée se heurte, de plus, à certains obstacles tirés plus spécialement du droit positif français.

B. — LES OBJECTIONS TIRÉES DU DROIT POSITIF FRANÇAIS.

388. — La doctrine des questions préalables — dans la mesure du moins où l'on prétend l'introduire dans le système français de règlement des conflits — fait trop peu de cas, à notre avis, de

(46) Voir *infra*, nos 421 et s.

(47) Nous avons vu que ce défaut d'harmonie était, sur le plan des résultats pratiques, l'élément de poids d'une critique de la théorie des questions préalables : voir *supra*, n° 382. Elle a, par ailleurs, déterminé, de la part même de M. Wengler, une exception au jeu de la règle de conflit étrangère, voir *infra*, nos 395 et 396.

(48) C'est le sens le plus apparent, sous réserve d'une intervention possible de l'ordre public, de l'arrêt *Ponnoucanammalle* : voir *infra*, n° 399.

l'incidence des règles positives en matière d'exequatur et de contrôle des décisions étrangères, sur le problème dont il s'agit.

On peut en effet concevoir que le problème de la validité d'un rapport formant une question préalable soit, parce qu'il a donné lieu à un jugement étranger, soumis directement à l'appréciation des tribunaux français. Il s'agira, ou bien de « préparer » le procès relatif à la question principale, ou bien d'agir concomitamment à celui-ci (sachant par ailleurs que la faculté toujours plus large d'exercer une action en inopposabilité ou en vérification de jugement accentue l'intérêt de la question).

Dans cette hypothèse, le juge du for (français) exercera son contrôle en conformité des règles dégagées par la coutume jurisprudentielle, et confirmées par l'arrêt *Munzer* (49). Il vérifiera en conséquence la « compétence législative » eu égard à ses propres règles de droit international privé. Les controverses relatives au bien-fondé de cette solution importent peu ici (50), il suffit de constater que la règle est de droit positif.

En l'état de ces principes, on peut donc se demander s'il convient d'abandonner à un simple hasard de procédure — selon que le plaideur a jugé bon ou non d'introduire, relativement à la question préalable, une action distincte — le partage des compétences entre droit international privé du for et droit international privé étranger.

Veut-on, plus simplement, poser la question — ainsi que le fait M. Louis-Lucas — en termes de droits acquis ? La conclusion sera identique. On peut en effet, avec lui (51), estimer que « le problème global est fait de la rencontre d'une situation élaborée avec une situation à élaborer, c'est-à-dire d'une combinaison à établir entre un droit acquis en vertu d'une situation qui n'a pas suscité le conflit de lois dont elle pouvait être l'occasion, et un droit à acquérir en vertu d'une situation qui, elle, suscite un conflit de lois ».

Certes, il est exclu pour M. Louis-Lucas que le contrôle du juge saisi s'exerce sur la compétence législative en conformité des règles de conflit du for. Du moins cette position de principe est-elle valable, aux yeux de l'auteur, en toute hypothèse, qu'il soit, ou non, fait état d'une question préalable.

Mais, précisément, le droit positif consacre, là encore, la solution contraire. Le for, en effet, ne reconnaîtra *que* les situations *régulièrement* acquises, et par « régulièrement », la tradition entend « en conformité des règles de conflit du for ».

M. P. Lagarde, tout en tentant de minimiser cette objection qu'il prétend tirée d'un « simple accident du droit positif français », reconnaît cependant qu'il semble difficile de l'éliminer complètement (52).

(49) Cass. civ., 7 janv. 1964, *Revue*, 1964.344, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1964.302, note B. Goldman ; *J.C.P.*, 1964.II.13590, note M. Ancel.

(50) Sur ces controverses, cf. *infra*, n^{os} 480 et s.

(51) *Op. cit.*, p. 161.

(52) *Op. cit.*, p. 469. Nous verrons au reste qu'il ne s'agit pas, à nos yeux, d'un accident du droit français, cf. *infra*, n^{os} 500 et s.

389. — Une seconde objection corrobore par une autre voie ce résultat favorable à l'application du droit international privé du for. Elle est tirée de la définition de la question préalable. On sait que celle-ci, malgré ses rapports de condition à effet avec la question principale, est, par définition, un rapport juridique autonome susceptible d'une sanction juridique propre dans le système du for.

Si l'on désire assurer la prévisibilité et la logique des solutions, il faudra donc trancher *en tous les cas* la question préalable *comme* la question principale dont elle *aurait pu* faire l'objet, c'est-à-dire la considérer « comme une question indépendante qui doit toujours recevoir *la même solution* quel que soit le problème juridique qu'elle commande... ». La seule manière d'obtenir ce résultat consiste évidemment à appliquer le système de conflit du for (53).

On rejoint ainsi les précédentes préoccupations, visant à assurer l'harmonie des solutions internes.

Dans une telle optique, le droit du for, pris en ses règles de conflit, sera donc appelé à intervenir deux fois. Il désignera en premier lieu le droit matériel appelé à régir la question principale. Puis, la mise en œuvre de celle-ci faisant surgir un concept préjudiciel, il sera de nouveau consulté pour déterminer la loi interne devant s'appliquer à ce rapport qui forme la question préalable.

SECTION II

THÉORIE LIMITÉE

390. — La majorité des partisans de la doctrine des questions préalables, ayant fait réflexion sur les objections présentées — tant sur le plan théorique que sur le plan pratique — à leur théorie, ont été amenés à lui assigner des limites.

Renonçant à ériger en principe général la compétence du droit international étranger, ils en viennent à rendre, grâce à diverses distinctions, une compétence subsidiaire à la règle de conflit du for.

Ce sont ces distinctions qui vont être à présent examinées. Il semble qu'elles puissent se regrouper sous deux rubriques. Si la plupart d'entre elles résultent, en effet, de l'analyse de la question préalable même, il en est une qui prend sa source dans la structure de la question principale.

(53) Voir, en ce sens, la position de certains Allemands et, en particulier, de RAAPE, dès 1934, dans son cours professé à La Haye, et de M. KEGEL, *op. cit.*

§ 1. — Limites relatives à la question préalable elle-même

391. — Elles résultent de deux considérations différentes. On observera tantôt la nature de la question préalable, tantôt les liens qu'elle présente avec l'ordre juridique du for.

A. — NATURE DE LA QUESTION PRÉALABLE.

392. — Il est inutile de s'attarder sur la première distinction possible qui découle de la définition même de la question préalable, ainsi que de sa nécessaire autonomie. Notons simplement qu'on en tire cette conséquence que, si le rapport préjudiciel mis en cause par la question principale ne revêt qu'un caractère procédural, le raisonnement des questions préalables ne s'applique pas (54).

D'ailleurs, selon M. Wengler, « il faut éviter de considérer sans nécessité comme objet d'un rattachement des questions qui jamais, par elles-mêmes, ne peuvent être l'objet d'une demande en justice, qui sont, par leur nature, toujours des questions préalables », réflexion qu'il tire du principe du minimum des conflits (55).

Il est d'autres constructions plus fécondes qui, par le jeu de distinctions diverses, aboutissent à justifier en certains cas la compétence de la règle de conflit du for.

C'est ainsi que Melchior, le premier, et dans le but d'éviter les conséquences les plus choquantes de la théorie des questions préalables relativement à l'harmonie des solutions internes, décide de soumettre les « composantes nécessaires » de la question principale aux règles de conflit du for.

Le divorce, par exemple, nécessite l'existence d'un mariage antérieur valable. Cette préexistence constitue *une composante nécessaire* du divorce et sera vérifiée selon le droit que désigne le droit international privé du for, et non le droit international du statut du divorce.

Neumeyer, quant à lui, établit une distinction entre question préjudicielle (*Vorfrage*) et question partielle (*Teilfrage*). Les effets de cette distinction seraient assez peu dissemblables de ceux de la précédente, mais celle-ci présente l'insigne défaut de manquer de clarté.

Elle est d'ailleurs qualifiée de « scholastique » par M. Wengler qui lui en substitue une autre. Cet auteur part de la constatation qu'un acte juridique (un jugement de divorce, par exemple) peut

(54) En ce sens, lorsque le rapport préalable ne fait que déterminer l'intérêt à agir en justice, cf. note Foyer, sous Trib. gr. inst. Nice, 3 juill. 1963, *Revue*, 1966.424.

(55) Cf. *Revue*, 1953, p. 51.

avoir des « effets directs » sur un rapport juridique (ainsi, sur le nom de la femme), et des « effets secondaires » sur un autre rapport juridique (soit la légitimité des enfants).

M. Wengler pose alors en règle que « les effets directs d'un acte juridique sur un rapport de droit se déterminent d'après la loi applicable à ce rapport de droit au pays du for », mais, s'agissant des effets secondaires du même acte, « la loi applicable à la question préjudicielle sera... déterminée selon la règle de conflit de la *lex fori* ou selon la règle de conflit de la loi applicable à la question principale », suivant les rapports secondaires en cause. Ainsi, pour prendre un exemple, on dira que « le choix de la loi applicable à la question préjudicielle de savoir si le premier mariage existe encore et la solution de cette question dépendent des répercussions par rapport auxquelles l'existence du mariage constitue une question préjudicielle » (56).

Enfin, M. Makarov (57) classe également en deux groupes les diverses sortes de questions préalables. Il y aurait, d'une part, celles qui « servent directement à la solution de la question principale », formant le groupe le plus commun, et, d'autre part, celles qui « servent à la détermination du rattachement ». Dans ce second groupe, M. Makarov comprend en réalité certaines questions préalables qui, en raison de leur particularisme, méritent une mention séparée.

393. — *Le particularisme de certaines questions préalables se révèle principalement en présence des deux circonstances de rattachement que sont la nationalité et le domicile.*

Le droit de la *nationalité* subordonne couramment l'application de telle ou telle de ses dispositions à un rapport juridique (de filiation, de mariage valide, etc...) qui forme une question préalable. « Les questions préalables de droit privé que pose le droit de la nationalité, doivent — écrit M. Makarov (58) — *toujours* être tranchées à l'aide des règles de conflit de l'Etat dont la nationalité est en cause ».

Soit le cas où une disposition du droit de la nationalité, allemande par exemple, déduit certains effets du mariage. La validité du mariage est contestée ; à cette question se trouve subordonnée l'acquisition ou la perte de la nationalité. Le concept de mariage valable devra nécessairement être analysé d'après la loi désignée par le droit international privé allemand, quel que soit par ailleurs le juge saisi.

Il est à noter, toutefois, qu'en ce domaine, le législateur édicte fréquemment des règles spéciales de conflit dont le respect s'impose à l'encontre de tout principe doctrinal. L'exemple le plus frappant

(56) Cf. WENGLER, note sous l'arrêt du *Trib. féd. Suisse*, 11 nov. 1954, *Revue*, 1957.50, et surtout, p. 59-60. Mais cette construction trouve son origine dans les premiers travaux de l'auteur.

(57) *Op. cit.*, *Revue*, 1955, p. 431 et s.

(58) *Id.*, p. 454.

et le plus connu est celui des articles 27 et 35 du Code de la nationalité française.

Quant au *domicile*, les solutions sont loin d'être aussi simples. Ceci n'a rien d'étonnant si l'on songe à la diversité des conceptions dont ce rattachement fait l'objet.

Il semble que le meilleur système soit celui qui préconise d'appliquer au concept de domicile les conceptions de l'ordre juridique d'où est tirée la règle de rattachement qui l'utilise (59).

B. — LIENS AVEC L'ORDRE JURIDIQUE DU FOR.

394. — La *localisation* juridique de la *question préalable* a également fait l'objet d'études plus poussées. Fondant l'éviction de la règle de conflit du for sur l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique dudit for, il était logique que la doctrine la plus intransigeante reconnût par là-même une limite à l'application du droit international privé étranger : « Puisque c'est l'absence de lien entre la question préalable et l'ordre juridique du for qui justifie la compétence du principe de la règle de conflit étrangère, cette compétence doit cesser, et faire place à celle de la règle de conflit du for, toutes les fois que ces liens sont établis et que la question préalable se trouve insérée dans l'ordre juridique du for » (60).

395. — M. Wengler, le premier, a démontré cette nécessité lors de son étude des conflits de principes généraux du droit international privé à l'intérieur d'un même système, en dégagant la notion de « *relation avec le commerce juridique interne* ». Il remarque que le principe « du minimum des conflits internationaux » — qui commande l'application du droit international privé étranger — se trouve le plus souvent en contradiction avec le « principe de l'harmonie matérielle » — lequel détermine, au contraire, la compétence de la règle de conflit du for.

À la question de savoir comment doit se résoudre ce conflit, M. Wengler répond qu'il « devrait être résolu de telle manière que, normalement ce soit le premier [minimum des conflits] qui s'applique mais que, exceptionnellement, lorsqu'on ne peut admettre l'effet du principe du minimum des conflits, sans la destruction de l'harmonie matérielle à l'intérieur de l'Etat du for, ce soit le principe de l'harmonie matérielle qui prenne le dessus » (61).

(59) Cf. en ce sens, LEVASSEUR (*La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931) ; WERNER VON STEIGER (*Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im I.P.R.*, Berne, 1934) cités par MAKAROV (préc., *Revue*, 1955, p. 455) et H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n° 400.

(60) Voir P. LAGARDE, *op. cit.*, *Revue*, 1960, p. 479.

(61) Cette position a été confirmée dans de nombreuses notes de l'auteur. Voir, entre autres, *Revue*, 1955.112, *Revue*, 1956.83, *Revue*, 1957.50.

A cette occasion, M. Wengler remarque que le principe d'harmonie matérielle ne peut apporter une exception au jeu normal et régulier du principe du minimum de conflits, que s'il existe « une relation avec le commerce juridique interne » de la question préalable. En d'autres termes, la question doit se présenter comme préalable à une demande en justice présentant une attache étroite avec le for (62).

Poursuivant ses développements, le même auteur fait observer que, le plus souvent, en raison de la diversité des règles de conflit, les parties ont réservé la question du droit applicable à leurs rapports juridiques. L'harmonie matérielle ne devrait alors être exigée qu'après qu'on ait constaté que les règles de conflit de la *lex fori* ont déjà fait valoir leur point de vue ou sont susceptibles de le faire.

Cette idée d'une nécessaire attache minimum avec le for, justifiant l'application des règles de conflit de celui-ci sur le fondement du principe d'harmonie matérielle, demeure finalement assez peu élaborée dans les travaux de M. Wengler. A cet égard la construction plus récente de M. P. Lagarde semblerait plus apte à fournir un principe de solution véritable. La notion « d'insertion dans l'ordre juridique du for » va être la base de cette construction.

396. — Il y a « insertion » lorsque la situation qui fait l'objet de la question préalable s'est déjà intégrée dans l'ordre juridique du for. Cette intégration, qui entraîne pour M. Lagarde, et par exception au principe qu'il défend, compétence subsidiaire de la règle de conflit du for, peut se réaliser sous deux formes.

Il peut, d'abord, y avoir une « *insertion naturelle* ». C'est celle que l'on constate lorsque le droit du for a présidé à la création de la situation juridique qui se présente comme question préalable. Il y a alors — écrit M. Lagarde — « une affaire française » (s'il s'agit du for français). Et il importe peu qu'une des conséquences de cette situation soit soumise à une loi étrangère qui refuse de reconnaître la situation préalable en question (63).

On est, par contre, en présence d'une « *insertion artificielle* » lorsque la situation juridique, créée à l'étranger, se rattache artificiellement à l'ordre juridique du for par le biais d'une décision de justice de ce for, qui a statué sur ladite situation juridique (en suite, par exemple, d'une instance en exequatur) (64).

(62) Cf. *Revue*, 1952.604, note 3.

(63) Ce sera, par exemple, l'hypothèse d'une adoption régulièrement réalisée en France : le tribunal français lui fera éventuellement sortir ses effets successoraux, même si la loi étrangère désignée par la règle de conflit relevant du système juridique compétent pour régir la succession n'admet pas la validité de cette adoption.

(64) On peut imaginer le cas d'un jugement étranger de divorce — le divorce étant pour l'un des conjoints la condition préalable de son remariage — revêtu de l'exequatur en France en raison des effets pécuniaires qu'il entraînait.

De quelque façon que se soit réalisée l'insertion, l'auteur soutient que, dans ces cas, la compétence du droit international privé du for est *naturelle* et que le souci de respecter la logique interne du droit étranger applicable à la question principale doit céder le pas au souci de respecter la logique interne du droit du for.

397. — L'application de ce raisonnement semble devoir être relativement aisée. La jurisprudence consacre-t-elle ce point de vue ?

Nous savons que la jurisprudence française s'est montrée jusqu'à ce jour assez peu perméable à la doctrine des questions préalables. Il est cependant un principe dont elle fait état, principe qui peut être naturellement rattaché à la thèse de M. Lagarde : quand un rapport juridique créé dans le for F (un mariage, par exemple) n'est pas reconnu dans un pays étranger A, les conséquences de ce rapport juridique n'existant pas pour l'ordre juridique A ne peuvent être soumises qu'à l'ordre juridique F. C'est l'exemple classique de deux Grecs mariés en France selon les formes civiles locales, en contrariété de leur loi nationale : leur divorce ne peut être réglé que par le droit français (65). On peut remarquer que *c'est alors la question préalable qui, par la nature des choses, attrait à elle la question principale*.

La jurisprudence allemande paraît moins sensible à ces nécessaires limites, dans la mesure toutefois où l'on peut dégager, de la diversité des décisions, une tendance générale. Si quelques rares arrêts veillent formellement à maintenir la logique du droit interne — allemand (66) —, la majorité d'entre eux n'hésite pas à sacrifier « la vérité allemande » au profit de la « vérité étrangère » (67).

Le Tribunal fédéral suisse a rendu, le 11 novembre 1954, dans

(65) Cf. l'affaire *Ghattas*, Cass. civ., 25 févr. 1947, D., 1947.161, *Revue*, 1947.444, note Niboyet. Voir surtout, et plus récemment, le problème soulevé, en France, par le divorce d'époux espagnols mariés civilement en France : le Tribunal de grande instance de Paris (28 avr. 1967), relevant que ce mariage, nul au regard du droit espagnol, était valable au regard du droit français, et que « on ne peut subordonner les effets et les suites d'un mariage à une loi « qui ne le reconnaît pas », a appliqué la loi française et non la loi espagnole normalement compétente pour régir le divorce. Cpr. avec Trib. gr. inst. de Paris, 13 déc. 1967 et 22 janv. 1969, ces décisions rapportées au *Clunet*, 1968.353, obs. P. Kahn et à la *Revue*, 1970.435, note D. Alexandre. Au-delà des termes des jugements, cet exemple montre bien que l'application du droit international privé espagnol à la question préalable du mariage aurait conduit à une solution, celle de la nullité du mariage, incompatible avec la conception française.

(66) Cf. *Bundesgerichtshof*, 12 févr. 1964 et 22 janv. 1965 ; *Bayerisches Oberstes*, 8 oct. 1963 : « Chronique de jurisprudence ouest-allemande » par W. WENGLER, *Clunet*, 1967.404 ; *Oberlandesgericht Hamm*, 15 sept. 1969, *Clunet*, 1971.590, obs. W. Wengler.

(67) Voir notamment *Oberlandesgericht München*, 17 déc. 1962, *Oberlandesgericht Bremen*, 16 mai 1963 (*Clunet*, 1967.438) et *Kammergericht*, 9 déc. 1968 (*Clunet*, 1971.590, obs. W. Wengler), qui refusent à des ressortissants italiens divorcés en Allemagne la possibilité de se remarier en Allemagne : cette décision ne pourrait, en effet, être reconnue par le droit italien.

une affaire *Caliaro*, une décision qui se situe également en ce sens. Il s'agissait d'un Italien, marié, en 1938, puis divorcé, en 1948, en Suisse, qui s'était, en 1953, remarié, en Grande-Bretagne, avec une ressortissante du Canton d'Argovie. En 1954, les époux Caliaro se heurtent au refus des autorités du Canton d'Argovie d'inscrire leur mariage et d'enregistrer la naissance de leur fils : le Tribunal fédéral entérine ce refus, car le remariage de Caliaro serait inexistant au regard du droit italien, loi nationale du « mari ». Aller à l'encontre de cette loi nationale conduirait à un résultat inadmissible pour la conception juridique suisse (68).

M. Wengler lui-même critique de telles décisions dont il tient le résultat pour inadmissible. Il prend à son tour l'exemple des deux Grecs mariés civilement, en Allemagne cette fois. Le droit grec ne reconnaît ni la validité du mariage, ni la légitimité des enfants qui en sont issus. L'ordre juridique allemand sera-t-il satisfait de constater, d'une part, que l'officier de l'état civil allemand est habilité à célébrer régulièrement un tel mariage et que, d'autre part, en raison de la nationalité grecque des époux, il n'en puisse naître d'enfants légitimes ? Non, dit M. Wengler, c'est ici le principe de l'*harmonie matérielle* qui doit dicter la solution.

Le tribunal allemand doit donc — à moins que le droit grec n'admette la putativité du mariage — exceptionnellement trancher la question préalable en conformité de la loi allemande, sans s'inquiéter du droit qu'eût déclaré applicable l'ordre juridique grec (69).

§ 2. — Limite relative à la question principale

398. — Il se peut que la règle de conflit du for appelée à désigner le droit applicable à la question principale donne compétence, non pas à un droit étranger, mais au droit matériel du for.

Le problème de la détermination du droit international privé compétent pour la question préalable doit-il être résolu de la même façon ?

La réponse est, en principe, négative. On trouve donc là un nouveau facteur de distinction, également exprimé chez MM. Wengler (70) ou P. Lagarde (71), chez le doyen Maury (72) ou Lewald (73).

(68) *Revue*, 1957.50, note Wengler. Le tribunal ajoute que « pour la conclusion d'un mariage, la reconnaissance par la loi nationale est plus importante que pour le divorce, la non-reconnaissance plus lourde de conséquences, de sorte qu'un traitement différent des deux cas est justifiable » (ce qui justifie à son opinion d'opposer ce refus si lourd de conséquences !) et que le fait que, des deux anciens époux, l'un seul puisse se remarier, « ne peut être tenu pour trop choquant ».

(69) Cf. sa note sous la décision de l'*Oberster Gerichtshof*, 25 oct. 1952, *Revue*, 1955.110.

(70) « Nouvelles réflexions... », *Revue*, 1966.165 et s.

(71) *Op. cit.*, p. 459 et s.

(72) *Op. cit.*, p. 555 et s.

(73) *Op. cit.*, p. 65 et s. Voir également le *Nouveau Répertoire Dalloz*, 2^e éd., 1962, V^o *Conflits de lois*, n^o 69.

Pour M. P. Lagarde, lorsque la question principale doit être résolue par application du droit matériel du for, la question préalable est régie par le droit international privé du for et, dès lors, le choix au fond entre loi étrangère et loi du for est « uniquement commandé par un problème de qualification » ; « il y a donc lieu — écrit-il — dans ces conditions, d'exclure d'une théorie des questions préalables toutes les questions préalables à une question principale soumise à la loi du for » (74).

Cette distinction paraît logique et inévitable. En effet, le concept préjudiciel fait alors partie intégrante du droit du for, et c'est faire harmonieusement converger tous les principes que demander au même droit du for, pris en ses règles de conflit, de le définir.

En réalité, le dilemme que pose toute question préalable, à savoir faut-il appliquer le droit international privé du pays A dont le droit matériel régit la question principale, ou bien le droit international privé du for F saisi du litige, ce dilemme disparaît en raison de l'identification occasionnelle de A avec F. Un exemple récent peut être trouvé dans un jugement du Tribunal de grande instance de Paris, 1^{re} Chambre, qui, appliquant à la question préalable la règle de conflit française, déclare que « l'établissement de la parenté nécessaire à la dévolution successorale relève de la loi personnelle, en l'espèce la loi allemande » (75).

399. — C'est ainsi, qu'en termes de questions préalables, il est possible d'apporter une justification nouvelle à l'arrêt tant discuté depuis 1931 : l'arrêt *Ponnoucannamalle* (76).

Le raisonnement de cet arrêt pourrait être ainsi repris : la dévolution successorale, question principale, est soumise à la loi française, loi de situation des immeubles héréditaires en même temps que loi du for. La question préalable de validité de l'adoption se pose et doit se résoudre en application du droit international privé du for, puisque la question principale demeure sous l'empire de la *lex fori*. Ce droit international privé désigne la loi personnelle des parties, soit la loi hindoue. Mais l'adoption qu'organise cette dernière heurte l'ordre public français en l'espèce et est donc impuissante à fonder, en France, un droit successoral.

Certes, les termes employés par la Chambre des Requêtes le 21 avril 1931 semblent plutôt devoir incliner à penser que cette haute juridiction a simplement appliqué la loi interne française à l'ensemble des questions soulevées, confondant ainsi problème successoral et problème de filiation.

(74) *Revue*, 1960, p. 464-465.

(75) *Office de la jeunesse de la ville de Stuttgart c. veuve Chambon*, Trib. gr. inst. Paris, 1^{er} mars 1967, *Clunet*, 1968.358, obs. P. Kahn.

(76) Qui a fait l'objet de la note de Niboyet au S., 1931.1.377, puis d'une chronique de Bartin au *Clunet*, 1932.5 : « *Adoption et transmission héréditaire* », avant d'être amplement commenté et critiqué dans les divers traités de droit international privé.

Nous pensons cependant que cette impression ne résulte que de la rédaction défectueuse de l'arrêt dont la solution est, en théorie, *valable*.

400. — Nous en donnerons pour preuve qu'elle a été récemment reprise par la Cour de Révision Judiciaire de Monaco, à propos d'une affaire *Beniamino*.

Les circonstances de fait sont relativement semblables à celles de l'arrêt *Ponnoucannamalle* : il s'agissait d'une succession immobilière située à Monaco. Cette succession était disputée entre la sœur du *de cujus* et un enfant adoptif de ce dernier. L'adoption de l'enfant était intervenue en France, à Nice, et avait été opérée selon les formes françaises de la « légitimation adoptive » (à l'époque), les partenaires étant, d'un côté les époux — le mari de nationalité française, la femme monégasque — et de l'autre, l'enfant, également de nationalité monégasque.

Or le droit de Monaco ignore la légitimation adoptive. La Cour d'appel de Monaco, le 11 mai 1964, avait cependant cru pouvoir valider l'adoption et lui faire sortir son effet successoral, en distinguant soigneusement le statut réel du statut personnel.

Son arrêt (77) est cassé par la Cour de Révision Judiciaire le 6 mai 1965 (78), qui estime « ... qu'en une matière intéressant à la fois « l'état des personnes et le fondement de la famille, l'inopposabilité, « à Monaco, de l'acte litigieux, dérivait des exigences de l'ordre « public monégasque... ».

401. — Ces solutions paraissent donc parfaitement fondées sur le plan des principes, et la seule contestation possible porte désormais sur la rigueur avec laquelle est appliquée la notion d'ordre public. Déjà, en 1932, Bartin déplorait un tel excès de la part de la Chambre des Requêtes (79).

Mais M. Francescakis donne du phénomène deux explications très pertinentes qui se complètent. Il s'agit, d'une part, d'adoption et c'est, remarque M. Francescakis, une des institutions qui « s'exportent » le moins bien. Chaque législation se montrant très attachée à ses exigences propres admet en effet difficilement l'insertion d'une adoption étrangère soumise à des conditions moins sévères dans son ordre juridique. Ce n'est là que la conséquence du lien étroit qu'établit le législateur entre les conditions d'établissement de la filiation et ses effets, ceci quelle que soit la nature de la filiation.

D'autre part, des immeubles sont en cause, et l'on sait que la tradition, d'origine féodale, est assez forte pour attirer les questions de statut personnel dans l'orbite du droit successoral. Cette

(77) *Revue*, 1965.101, note P. Francescakis.

(78) *Revue*, 1965.708, note P. Francescakis.

(79) On peut également contester l'aspect « positif » que semble revêtir la notion de l'ordre public : sur cet aspect de sa critique, cf. *supra*, nos 22 et s.

tradition, dit M. Francescakis, bien qu'en déclin, peut encore fonder « un argument de droit positif dans tout Etat qui attache une importance particulière à la propriété foncière » (80).

De telles considérations sont d'ailleurs parfaitement nettes dans la plupart des arrêts anglais relatifs à la question (81).

SECTION III

CONCLUSIONS (PROVISOIRES)

402. — Théorie discutée, théorie limitée ... est-il souhaitable cependant de l'introduire dans le droit positif français ?

§ 1. — Théorie des questions préalables et pratique du droit international privé

403. — La doctrine semble délicate à mettre en œuvre. *De façon très générale*, on s'accorde, même lorsqu'on lui reconnaît quelque mérite, à souligner ses imprécisions et ses incertitudes.

C'est l'opinion de M. Lewald, du doyen Maury, pour lesquels la formulation d'un principe directeur général semble d'une possibilité douteuse. M. le doyen Maury, constatant que la règle souffre des exceptions mal précisées, estime que « l'incertitude est dès lors considérablement aggravée » et y voit un nouvel argument en faveur de la référence de principe au droit international privé du for (82).

Pour M. Pallard (83), accueillir la théorie, c'est introduire dans le jeu des règles de rattachement de nouveaux facteurs d'incertitude.

De même, M. Makarov, plus enclin cependant à admettre le bien-fondé de la théorie, émet des réserves sur la possibilité de déterminer de façon précise les cas respectifs d'application de la règle de conflit du for et de la règle de conflit étrangère.

Il faut bien, certes, constater avec M. Francescakis que cette théorie se situe sur un terrain encore mal défriché. Mais peut-on penser que des recherches plus poussées délivreraient de ses entraves une doctrine qui, vieille bientôt de quatre décennies, n'a pas su encore s'imposer à la pratique judiciaire ? En effet, aucune décision fran-

(80) Note à la *Revue*, 1965.708.

(81) Voir notamment l'arrêt de la *High Court* du 14 déc. 1955, *Revue*, 1956.87, note Wengler, faisant intervenir l'ordre public exprimé dans une disposition de l'*Adoption Act*, 1950.

(82) *Op. cit.*, p. 562.

(83) *Revue*, 1953.76.

caise n'est intervenue pour consacrer la théorie des questions préalables (84).

En Allemagne même, M. Wengler dont l'avis est particulièrement autorisé, déplore que les tribunaux soient si peu au fait de la doctrine et ignorent la façon correcte de poser le problème, ce mépris des travaux doctrinaux étant, du reste, une source importante de divergence des solutions (85).

404. — Mais un juge ne peut se satisfaire de solutions empiriques. L'imprécision et l'incertitude d'une règle juridique ne doivent pas être son lot quotidien. En réalité, demander à un juge d'appliquer le raisonnement des questions préalables est l'obliger à fournir un double et pénible effort, dont la première étape consistera à renoncer à l'application de sa propre règle de conflit au profit d'une règle étrangère de connaissance, *a priori*, beaucoup plus difficile. Bien que les problèmes soient assurément distincts, qu'il nous soit permis de rappeler ici certains des arguments pratiques avancés contre la construction du renvoi ; ils s'appliquent parfaitement aux questions préalables, sans être compensés par les avantages que l'on reconnaît ordinairement au mécanisme du renvoi.

Retenons particulièrement, lors d'une réunion du Comité français de Droit international privé, l'intervention de M. Malaurie à la suite de la communication de M. J. Derruppé : « Le mal du droit international privé — disait-il —, c'est sa complexité, qui l'empêche d'être effectif ». Le renvoi, toujours selon cette vue, ne militerait pas en faveur de la simplification. Il en est ainsi à plus forte raison de la théorie des questions préalables, dont le mécanisme de loin plus complexe, est en même temps moins familier aux juges, aux auxiliaires de justice et ... s'il est permis d'y penser parfois, aux justiciables.

La majorité des interventions, lors de cette séance, insistaient d'ailleurs sur la difficulté réelle qu'il y a à connaître la substance des règles de conflit étrangères (86).

Le droit international privé devant tendre, pour sa plus grande efficacité, à la simplification dans des limites raisonnables, il y a lieu, pour cette première raison, d'écarter comme contraires à ce but les doctrines dont la subtilité confine à la spéculation intellectuelle pure (87).

(84) Le jugement du Tribunal civil de Saint-Brieuc du 26 juin 1951 (*Revue*, 1951.520, note Niboyet) ne fait, à notre avis, qu'une classique application des règles de qualification et du renvoi : M. Louis-Lucas, malgré les louanges qu'il décerne à la juridiction qui l'a rendu, reconnaît lui-même que la solution était, en l'espèce, facilitée par la compétence finale de la loi française, tant pour régir la succession que pour apprécier la légitimité de la filiation de l'héritier.

(85) Cf. sa Chron. préc., *Clunet*, 1967, p. 404.

(86) Séance du 20 avr. 1966, à la suite de la communication de M. DERRUPPÉ, « Plaidoyer pour le renvoi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 181 et s.

(87) M. Francescakis parle d'un « problème trop artificiel, trop recherché, fruit d'une pensée qui, si éminente soit-elle ... a trop sollicité la jurisprudence » (*Revue*, 1963, p. 871).

405. — Sur le plan du *droit français*, la mise en œuvre de la doctrine s'avère plus particulièrement contestable. Certaines contrariétés qu'elle présente avec le droit positif français ont été dégagées en temps utile (88). Un autre point peut à présent être mis en lumière : le droit international privé français *n'a pas besoin* des questions préalables à la différence, peut-être, du droit allemand.

Ceci résulte des très pertinentes comparaisons faites, d'une part par le doyen Maury entre « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand » (89), et d'autre part par M. Francescakis. Ce dernier remarque que la doctrine, suivie par la pratique, se fait, en Allemagne, une conception plus restrictive de l'ordre public que la doctrine et la jurisprudence françaises (90). Pour résumer, si l'on place le problème sur le terrain du maintien des situations acquises, des résultats identiques seraient atteints, dans les deux pays, par des voies différentes : celle de l'effet atténué de l'ordre public en France, celle des questions préalables en Allemagne, ce qui expliquerait l'essor de la théorie dans ce dernier pays.

Si les moyens traditionnels du droit international privé français, tel que l'appliquent nos tribunaux, permettent donc de réaliser quelques peu les objectifs les plus louables de la théorie des questions préalables, il n'est point besoin de s'embarrasser de celle-ci qui, par sa complexité, se révèle par ailleurs peu praticable.

§ 2. — Théorie des questions préalables et théorie générale du droit international privé

406. — Rejoignant la thèse de M. Hoffmeyer, en sa conclusion, nous dirons que le problème « des questions préalables » a été grossi à tort et que la doctrine du même nom présente, en cela, une certaine dose d'artifice.

La construction de M. P. Louis-Lucas permet de dégager très nettement les termes du problème. Il peut se produire, selon cet auteur, soit un phénomène *d'absorption*, soit un phénomène de *répartition*. Ceci dépend des liens qui existent, dans chaque cas, entre la situation déjà élaborée et la situation à élaborer, dont la rencontre forme précisément le problème des questions préalables.

Dans un premier cas, la situation élaborée est la *source* de la situation à élaborer, et commande donc l'attitude à prendre vis-à-vis de celle-ci car les deux situations (exemple : mariage des parents et légitimité des enfants) ne représentent qu'un unique phénomène sous ses deux aspects. Le droit applicable à la première situation est qualifié pour régir la seconde, il y a donc *absorption*.

(88) Voir *supra*, n° 388.

(89) *Revue*, 1954, p. 7 et s.

(90) *Le renvoi...*, p. 209, note 4 et p. 210.

Il est clair que prétendre, alors, résoudre une telle situation par la théorie des questions préalables est très artificiel. Le résultat en serait d'ailleurs invraisemblable, et injuste — ainsi que le prouvent bien des décisions allemandes — parce que, séparant les effets de leur source, on prétend couper ce qui ne peut l'être.

M. Wengler a même admis, dans une de ses notes (91), la justesse de cette analyse : il reconnaît qu'il y a « quelque chose de juste » (!) dans l'idée que, quand un mariage est valable, la légitimité des enfants est un effet accessoire et inévitable et cite, à l'appui, un arrêt du 10 mars 1921 de l'*Oberlandesgericht* de Munich.

Par contre, dans un second cas, la situation élaborée n'est qu'une *des conditions* de réalisation de la situation à élaborer, et conserve, par rapport à celle-ci, son autonomie (l'exemple ici donné par M. Louis-Lucas est celui de l'adoption et de la succession).

Cette autonomie résulte de deux constatations. La première est relative au laps de temps écoulé entre les deux situations ; la seconde concerne le fait que, le plus souvent, on est passé d'une préoccupation d'ordre familial à une préoccupation d'ordre pécuniaire. Les deux phénomènes sont alors en état de connexion fortuite et la seule solution valable consiste à opérer la *répartition* des compétences législatives, afin de placer chaque situation sous l'empire du droit dont elle relève : « à chaque fait son droit ».

C'est normalement au droit international privé du for qu'il appartient d'opérer cette répartition qui n'est nullement, comme on l'a prétendu, une répartition « au deuxième degré » justifiant des solutions spéciales (92).

Il se pose bien, en réalité, un problème lorsque la règle de conflit du for a ainsi déterminé le droit applicable à chaque fait. Mais il consiste simplement à « adapter » les deux lois, de sorte qu'elles fassent un tout harmonieux, sans qu'aucune d'elles en souffre.

C'est, dirait Lewald, un cas de « *substitution* » consistant dans « la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme question préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger » (93).

La substitution dépend, évidemment, de l'équivalence des deux institutions en cause et la réponse se rapporte alors, toujours selon Lewald qui a justement apprécié le problème, moins au droit international privé qu'à l'interprétation de la loi étrangère et au droit comparé.

407. — Que reste-t-il donc de la théorie des questions préalables ? On retiendra, avec M. Francescakis, « une similitude, dans son

(91) *Revue*, 1955.110.

(92) « Répartition au deuxième degré », c'est-à-dire entre systèmes de conflit et non entre lois matérielles : c'est une complication inutile, artificielle, donc dangereuse.

(93) *Op. cit.*, p. 130 et s.

inspiration comme dans ses résultats, avec le mouvement, commun à la doctrine internationale, qui introduit l'idée des droits acquis dans le domaine du conflit de systèmes» (94). Il semble qu'elle joue le rôle de l'équivalent d'une théorie des droits acquis, à l'usage exclusif du système allemand et de ceux qui l'ont pris pour modèle (95).

Mais, dans le cadre du droit français, nous critiquerons, avec M. Francescakis, « cette catégorie de décisions qui, prenant des libertés avec la rigueur logique de la méthode des conflits de lois, s'efforcent avant tout de maintenir des situations acquises à l'étranger... ». Comme l'écrit du reste cet auteur, « la doctrine d'ensemble sur cette question reste à faire. Il reste notamment à déterminer dans quelles conditions le juge d'un Etat est en droit de fermer les yeux sur ses propres règles de conflit de lois pour valider l'effet des situations acquises à l'étranger, et notamment s'il doit les accueillir uniquement parce qu'elles sont acquises ou sur le fondement de principes autres que ceux du conflit de lois » (96).

Il est facile de percevoir qu'en fait la théorie des questions préliminaires s'insère dans un ensemble de doctrines plus vastes dont l'ambition vise, ni plus ni moins, à instaurer un système global de répartition des compétences des systèmes de droit international privé nationaux. Aussi ne peut-on véritablement juger celle-là en l'isolant de celles-ci.

(94) *Le renvoi...*, p. 220.

(95) Voir *supra*, n° 405.

(96) *Revue*, 1965, p. 118.

CHAPITRE II

LA MISE EN CAUSE DE LA DOCTRINE CLASSIQUE DANS LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE SYSTÈMES

408. — Le problème que soulèvent les questions préalables n'est que la manifestation — mineure, peut-on dire — d'un phénomène beaucoup plus considérable. Ce dernier résulte de ce qu'on nomme, dans une terminologie déjà classique, les « conflits de systèmes de droit international privé ».

Ce phénomène est aisé à saisir. Si, historiquement, le droit international privé est, à l'origine, ce « droit intercoutumier universel » (1) destiné à résoudre, dans le cadre d'une certaine communauté juridique, celle des villes italiennes, les conflits des lois nationales, il s'enferme au XIX^e siècle en des systèmes sur lesquels l'Etat appose son sceau. On constate alors que ces systèmes divergeant, leur contenu devient très variable, de sorte que la résolution d'une situation juridique internationale devra s'apprécier non plus par seule référence au conflit des lois internes, mais eu égard au conflit des systèmes avec lesquels cette situation présente ou a présenté des contacts.

Source de difficultés effroyables, on ne sait encore de ce problème s'il sera la pierre d'achoppement de la science du droit international privé ou, à l'inverse, le facteur décisif d'un progrès tel que son importance ne pourrait être comparée qu'à celle de l'élaboration de la théorie des statuts (2).

Quoi qu'il en soit, la conception classique, dont le seul but semble être d'affirmer l'universelle souveraineté de chaque système national de droit international privé, voit s'ouvrir son procès. Dans une conception rénovée du droit international privé, on va au contraire

(1) Cf. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 9^e éd., par Y. Loussouarn, n° 279 : « Les post-glossateurs prétendaient ... donner [à la théorie des statuts] l'expression d'un droit intercoutumier universel ».

(2) Soit l'élaboration d'une théorie des conflits de systèmes.

s'appliquer, afin de supprimer leurs conflits, à *délimiter le champ d'application des systèmes nationaux*. Avant de donner quelques indications sur les diverses doctrines visant ce résultat, et de dégager les grandes lignes de la tendance doctrinale en France, il paraît nécessaire de revenir sur la notion même de « conflits de systèmes ».

409. — La prise de conscience des conflits de systèmes est une des données fondamentales de la science moderne du droit international privé. Elle résulte de l'utilisation nouvelle par la doctrine des données de la science comparative. Science comparative qui nous fait percevoir la diversité des solutions apportées aux conflits de lois, qui nous démontre la nécessité pressante d'y remédier, qui, enfin, est juge en dernier ressort des solutions proposées. C'est sur de telles constatations que se fonde le « père spirituel » des conflits de systèmes, M. Francescakis, lorsqu'il écrit en avant-propos de son célèbre « Renvoi » : « la question paraîtrait oiseuse si elle n'était que prolifération de l'esprit pur. Ce n'est pourtant pas un théoricien épris de difficultés imaginaires, c'est le droit positif de divers pays qui a proposé les premiers et troublants témoignages de la prise en considération des conflits de systèmes » (3). Le même auteur date cette prise de conscience « ... de la découverte, dans les errements de la jurisprudence, du phénomène du renvoi, décelé... pour la première fois dans l'arrêt *Forgo* » (4).

L'hypothèse même du renvoi a rendu courante dans la doctrine l'idée d'opposer aux conflits dits « *négatifs* » les conflits dits « *positifs* » de systèmes, selon une terminologie contestable qui n'est pas sans évoquer la conception unilatéraliste des conflits de lois (5). Les conflits négatifs seraient ceux qui semblent devoir trouver une solution dans le recours au mécanisme du renvoi, alors que les conflits positifs, résultant du fait que deux ou plusieurs systèmes de droit international privé affirment, à propos d'un même rapport juridique, concurremment la compétence de la loi matérielle relevant de leur propre ordre juridique — apportant donc à ce rapport des solutions divergentes et inconciliables —, ne connaîtraient pas de véritable solution puisque celle-ci se résout dans la « compétence » de la règle de conflit, du système de conflit, du for.

410. — La doctrine la plus avancée semble devoir écarter toute distinction de cet ordre pour mettre en évidence, purement et simplement, la divergence des systèmes nationaux de conflits.

(3) *Le renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, Sirey, 1958, p. 2.

(4) Voir sa note sous l'arrêt *Patino*, *Revue*, 1954.552 et *Le renvoi...*, p. 3.

(5) Conception qui se trouve confrontée (cf. *supra*, n° 56) au problème de la lacune (= conflit négatif) ou du cumul (= conflit positif) des lois se voulant applicables. On verra ainsi, constamment, les problèmes de conflits de lois transposés au niveau des conflits de systèmes qui ne seraient, s'ils étaient formulés en principes, qu'un droit international privé à la seconde puissance. Sur les notions de conflits positif et négatif, cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, n° 299.

Cette divergence est normalement un conflit des systèmes de droit international privé — et non plus des lois matérielles — dans l'espace. Il apparaît aux yeux du juge saisi qui constate que la situation litigieuse dont il connaît présente des points de contact avec deux ou plusieurs systèmes de droit dont le conflit n'est toutefois qu'hypothétique à ses yeux : il n'y a qu'un risque éventuel de contrariété patente (6).

Le temps peut venir ajouter un élément perturbateur à ce schéma. On parlera alors de *conflits de systèmes dans le temps*, par analogie avec les conflits de lois dans le temps ou conflits mobiles. Il est à noter que ce risque de complication est très important. La majorité des situations juridiques ont, en effet, une certaine durée dans le temps et sont, de ce fait, facilement amenées à se trouver en contact successif avec des systèmes juridiques différents.

Mais, alors que le problème posé au juge du for par le conflit de systèmes qui contemplaient la même situation au même moment avait un caractère, avons-nous dit, « hypothétique », il n'en est plus de même ici : la situation litigieuse contestée ou faisant l'objet d'une demande de reconnaissance au for sera, par hypothèse, acquise au titre d'un système de droit international privé étranger dont le conflit avec les dispositions du for — où elle prétend poursuivre ses effets — sera patent et concret.

Une certaine expérience qui permet d'évaluer la mesure des conflits de systèmes, en révèle également les inconvénients particulièrement sensibles au niveau des particuliers. Il suffit ici d'évoquer les infinies possibilités de faire et défaire les situations les plus assises en s'adressant à des tribunaux successifs, la multiplication des procès et leur caractère ruineux... Or, dans l'intérêt même des justiciables, le droit international privé doit, sous peine de manquer son but, viser directement à l'harmonie des relations internationales. Rappelons, avec M. Francescakis, que, historiquement, « l'unité dans la diversité » a été une des premières « impulsions intellectuelles » de cette science.

Il est donc nécessaire, ayant conscience du problème, de « maîtriser par des moyens véritablement juridiques cet irritant phénomène que constitue la divergence des règles de conflit, doublant et aggravant celle des lois internes » (7).

411. — Si le problème des conflits de systèmes se présente ainsi comme le trait dominant du droit international privé du ^{xx}e siècle, son apparition, en doctrine comme en jurisprudence, se produit dans la seconde moitié du ^{xix}e siècle.

(6) Ce risque se concrétisera éventuellement lorsque la décision rendue au for, et conforme à l'un des systèmes en présence, ne sera pas reconnue dans le cadre d'un autre système, initialement intéressé ou non.

(7) M. Francescakis exprime ce vœu dans sa note, préc., à la *Revue*, 1954. 552 et s.

C'est en effet de cette époque que datent les premières prises de position dont notamment, en France, celles de Clunet en 1880 (8) et de Labbé en 1885 (9), qui s'opposent à l'abandon, par le juge du for, de son propre système de droit international privé. Si la plupart des auteurs de cette époque semblent se rallier à cette opinion (10), des protestations s'élèvent cependant d'Allemagne (Von Bar), de Belgique (Rolin), d'Italie (Fiore) et même de France (Weiss) (11).

On s'aperçoit alors que la doctrine nationaliste qui jouit d'une grande faveur va, en exacerbant le particularisme des systèmes nationaux, à contre-courant et néglige, en tout cas, les problèmes nouveaux. La doctrine dite classique encourt bientôt le même discrédit. Ce qui est mis en cause, c'est l'universalisme qu'elle prétend attribuer à chaque système de conflit. Universalisme tôt, par ses contempteurs, taxé d'impérialisme : ne prétend-elle pas, cette doctrine classique, affirmer de toute règle de conflit qu'elle trouve pouvoir à contrôler la validité de n'importe quelle situation née en n'importe quel point du globe ? Ne va-t-elle pas jusqu'à exprimer l'opinion selon laquelle n'importe quel juge saisi de par le monde devrait respecter la règle de conflit (universelle) d'un hypothétique for ultérieur (12) ? Cet universalisme du système national de droit international privé ne pouvant *être* reconnu qu'à *tous* les systèmes existants, *ou ne pas être*, il est clair que la doctrine classique favorise ainsi à plaisir les conflits de systèmes.

Sans nécessairement remettre en cause le caractère bilatéral des règles de conflit, si patiemment élaboré par la tradition (13), on va donc s'attacher à délimiter le champ d'application des règles de conflit.

412. — C'est de cette base commune que l'on voit naître et se différencier diverses doctrines dont chacune prétendra à l'universalité de sa « recette ». Avant de les envisager, il faut noter encore un trait particulier à la question qui nous occupe : c'est l'importance du mouvement doctrinal et la pauvreté — sinon la carence — de la jurisprudence comme de la législation en ce domaine.

Les exemples de dispositions législatives sont en effet très rares et fort connus. C'est ainsi que l'on cite le plus souvent les dispositions préliminaires des codes civils allemand et italien (ancien), l'Avant-

(8) *Journal du Droit international privé*, 1880, p. 188.

(9) *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 5 et la note au S., 1882.1.393.

(10) MEIJERS, « La question du renvoi », *Bulletin de l'Institut juridique intern.*, vol. 38 (1938), p. 191 et s., cite ainsi Lainé, Pillet, Renault, Surville et Arthuys ainsi que Martin.

(11) Sur ces détails « historiques », cf. MEIJERS, *op. cit.*, p. 191.

(12) C'est sous cette expression qu'a pu être formulée la critique du contrôle opéré par le juge de l'exequatur sur la loi appliquée par le juge étranger, contrôle mené par rapport aux propres règles de conflit du for : voir *infra*, nos 448 et s.

(13) Voir cependant, pour une approche « unilatéraliste », P. ГОТНОТ, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Revue*, 1971, p. 415 et s.

Projet du Code civil français, le Projet Benelux ..., tous textes qui sont ou contestés ou à l'état de projet (14).

Quant à la jurisprudence, si l'on excepte son œuvre en matière de renvoi, il est à remarquer le nombre très limité des espèces intéressant notre question. Ici encore, il s'agira souvent de solutions abandonnées ou contestées dans leur portée. Ainsi, dans le cadre du droit français, nous ne disposons pratiquement que de deux espèces, d'ailleurs fort célèbres — un arrêt de la Cour de Rabat de 1950 (15) et un arrêt de la Cour de Paris de 1965 (16) — dont seul le second envisage résolument le problème (non sans une certaine dose d'artifice) et tente de le résoudre.

Ces considérations tendent à démontrer le peu d'emprise, ici encore, des théories les plus nouvelles sur ce qui constitue les sources directes du droit positif.

413. — Ces théories peuvent être regroupées de diverses manières. C'est, en premier lieu, le caractère en quelque sorte plus « subversif » par rapport au système classique qui peut servir de critère. Les plus subversives visent en effet à fournir une formule globale de répartition des règles de conflit dans le monde, de sorte qu'à *un litige* donné réponde toujours *un seul système* de droit international privé. Tel l'exemple que donne Makarov du système d'Eckstein (17), ordonné autour du principe de la compétence la plus forte.

L'irréalisme de semblables constructions conduit à envisager une seconde catégorie de thèses dont la particularité est de n'écarter la doctrine classique, dans la mesure où elle conduit à l'application privilégiée de la règle de conflit du for, que dans certains cas déterminés. Ici, point de formule d'application mathématique, point de règle générale de répartition des systèmes de droit international privé. Au contraire, c'est un système souple d'autolimitation de la règle de conflit du for qui est proposé.

Les motivations de cette autolimitation seront diverses selon les auteurs : respect des droits acquis ici, désir d'assurer l'efficacité internationale des décisions là, nécessité d'enregistrer la solution unanime des ordres juridiques intéressés au litige enfin...

(14) *L'article 2, alinéa 2, combiné avec l'article 1^{er}, de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance des sociétés, associations et fondations étrangères*, consacre également un cas de renvoi : voir l'arrêt de la Cour de Paris du 19 mars 1965, *Banque ottomane*, cité à la note 16.

(15) *Machet c. Revelu*, Rabat, 24 oct. 1950, *Clunet*, 1951.894, note B. Goldman ; *Revue*, 1952.89, note P. Francescakis. Cet auteur cite également (*Rép. Dalloz Dr. intern.*, V^o *Conflits de lois*, n^o 373) comme introduisant le problème en France l'arrêt rendu dans l'affaire *Patino* par la Cour de Paris le 7 juillet 1954 : *Revue*, 1954.552, note Francescakis ; *Clunet*, 1955.636, note Ponsard.

(16) *Banque ottomane*, Paris, 19 mars 1965, *Revue*, 1967.85, note P. Lagarde ; *Clunet*, 1966.117, note B. Goldman.

(17) Cf. MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Revue*, 1955, p. 434.

A cet égard, une seconde distinction apparaît entre les doctrines selon la nature de leur fondement : rationnel ou équitable. Comme type de la première catégorie, rationnelle, on peut proposer l'exemple de la théorie de Meijers (18) ou celle de Makarov (19). A l'opposé se trouve un Niederer qui, faisant du respect des droits acquis un complément de l'ordre public, prescrit au juge de prendre en considération le droit étranger «... quand la méconnaissance de ces règles formellement incompétentes aboutirait à un résultat injuste» (20) (21).

414. — *La doctrine actuellement dominante en France*, dans le cadre de cette nouvelle recherche, peut être classée dans les deux dernières catégories ci-dessus décrites. A fondement objectif, elle prétend limiter, pour certaines hypothèses, le domaine de la règle de conflit du for. C'est ce qui résulte de la lecture de cette phrase écrite par son principal et illustre représentant, M. Francescakis : « L'idée (de la coordination des systèmes) implique une délimitation des frontières de chaque système relativement à chaque espèce concrète : le système de conflit de lois du for n'aurait pas à intervenir à l'égard des situations juridiques qui se sont entièrement réalisées à l'étranger alors qu'elles n'ont présenté tout au long de leur développement aucune attache avec l'ordre juridique du for » (22).

Cette doctrine, dont on perçoit ici l'idée générale qui l'anime, va former à présent le principal objet de notre étude. Il est assez curieux de constater que, ainsi formulée dès 1954 dans une note sous un arrêt *Patino*, elle a su trouver — fait rare — la consécration la plus éclatante dans l'arrêt précité de la Cour de Paris.

L'essence de cette thèse est donc l'éviction de la règle de conflit du for pour certains litiges (23), principe de solution qui paraît très lourd de conséquences. Pour cette raison, pour la solution de continuité qu'il impose à la méthode de résolution des conflits de lois aussi, il est justifié de le soumettre à un sévère examen. En résumé, l'exclusion de la règle de conflit du for est-elle justifiée ?

Notre conviction profonde est dans le sens d'une réponse négative, et le but sera ici de faire admettre le caractère critiquable des fondements comme des résultats d'une telle solution (Sect. I).

Nous verrons de plus, outrepassant cet aspect purement négatif

(18) Cf. *La question du renvoi*, op. cit.

(19) Cf. *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, op. cit.

(20) *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1954, p. 319.

(21) Sur l'exposé de ces théories, voir MAKAROV, op. cit.

(22) Note préc., *Revue*, 1954, p. 552 et s.

(23) Cette éviction, il faut le noter dès à présent, se présente comme totale : la règle de conflit du for ne conservera donc, dans cette optique, même pas l'initiative du mécanisme, comme dans le renvoi. Il n'est pas, non plus, question ici de distinguer selon la nature, préalable ou non, de la question litigieuse : c'est le problème tout entier qui est soustrait à la règle du for.

de la critique, que la solution proposée résulte d'une fausse alternative dans laquelle on ne saurait se laisser enfermer : c'est à la recherche d'une voie tierce qu'il faudra alors se consacrer (Sect. II).

SECTION I

ÉTUDE CRITIQUE DU SYSTÈME D'EXCLUSION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DU FOR DANS CERTAINS LITIGES

415. — Le principe même de cette doctrine se trouve exprimé, sous une forme condensée, par M. Francescakis, dans sa note précitée sous l'arrêt *Patino* de 1954 (24) : « Les situations acquises en vertu d'une règle étrangère de conflit de lois alors qu'elles ne présentaient aucune attache juridique avec la France ne peuvent être remises en cause devant les tribunaux français ».

La solution paraît séduisante et ne manque pas d'élégance. Nous montrerons cependant qu'elle n'est ni satisfaisante, ni souhaitable. En effet, des critiques peuvent et doivent être formulées à l'encontre des fondements qu'elle s'assigne : c'est l'aspect non satisfaisant (§ 1). Mais, de plus, les résultats concrets auxquels elle aboutit inéluctablement n'apparaissent pas désirables (§ 2). Ce dernier point emportera la conviction qu'une telle doctrine, dont le bien-fondé comme l'utilité ne s'imposent pas avec une évidence absolue, ne peut être retenue comme principe de solution du droit positif.

§ 1. — Justifications peu satisfaisantes

416. — Ces justifications sont issues d'un double principe : principe positif, principe négatif. Ce dernier, soit l'exclusion de la règle de conflit du for dans tel type de litige, est le plus frappant, le plus facilement perceptible. Mais logiquement, il se complète d'un principe positif dont découle la solution « de remplacement » proposée par la doctrine en question.

(24) Paris, 1^{re} Ch., 7 juill. 1954, *Revue*, 1954.552, note P. Francescakis.

A. — LE PRINCIPE NÉGATIF : L'EXCLUSION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DU FOR.

417. — L'exclusion de la règle de conflit du for semble devoir reposer, si l'on en juge d'après la phrase de M. Francescakis reproduite ci-dessus, sur deux motifs. Le premier est à l'évidence la notion de « situations acquises » (25) qui évoque sans nul doute le respect international des droits acquis. Le second consiste dans la considération de l'absence d'attache juridique avec le for.

On peut à ce sujet présenter deux ordres d'observations.

En premier lieu, on reconnaît ici deux arguments présentés par la doctrine des questions préalables dans des termes fort peu différents : ils deviennent ici principe général de solution.

Ensuite, on constate que la doctrine en question réalise assez curieusement, au niveau des conflits de systèmes, une symbiose de deux approches très différentes du problème du conflit des lois. On peut en effet envisager ce dernier avec un regard de « privatiste », et l'on partira des éléments de fait afin de découvrir l'élément juridique — la loi — leur convenant le mieux. Mais on peut aussi, en « publiciste », commencer par déterminer le domaine des lois afin de savoir si les faits sont de ceux qui entrent dans ce domaine.

Or notre doctrine, en visant les situations acquises, prend pour point de départ la situation juridique litigieuse afin de lui « attribuer » le système juridique qui est susceptible de lui mieux convenir. Mais aussi, en visant l'absence d'attache juridique de cette situation avec le for, elle tend à démontrer que le système juridique du for ne peut souffrir du règlement envisagé. La notion de « sphère d'intérêts immédiats » réalise une tentative de délimitation *a priori* du domaine de chaque système juridique.

Aucun de ces arguments n'est incontestable.

1° *L'appel aux droits acquis ou la recherche du droit en fonction de la situation de fait.*

418. — La théorie des droits acquis est connue du droit international privé français dans lequel elle joue un rôle non négligeable, notamment quant aux effets de l'exception d'ordre public. Mais son jeu y est assez limité en raison du fait même que notre jurisprudence ne considère pas comme « acquise » une situation qui l'a été en contrariété avec les règles françaises de conflit : les droits acquis semblent donc ne rien devoir apporter à la solution du problème (26).

(25) Pour M. Francescakis, le respect des droits internationalement acquis est « la justification profonde d'une telle solution » : *Rép. Dalloz Dr. intern.*, V° *Conflits de lois*, n° 375.

(26) Cf. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 9° éd., par Y. Loussouarn, p. 511-512, n° 387 : en vain les parties invoqueraient-elles leur bonne foi, la

Ce serait oublier l'origine ancienne du principe des droits acquis et son importance dans la doctrine hollandaise qui va, de nos jours, inspirer de façon déterminante un auteur comme M. Meijers.

Ce dernier donne l'exemple suivant : il s'agit du transfert d'une créance. Les trois parties intéressées : vendeur, acheteur et débiteur habitent le même pays A dans lequel la validité de la cession s'apprécie selon le droit du domicile du débiteur (droit du pays A). Puis le débiteur se rend dans un autre pays, B, dont le droit détermine la validité de la cession en fonction de la loi du contrat. La question est de savoir si le débiteur peut, en argumentant du droit de B, faire invalider la cession.

M. Meijers donne une réponse négative : « ... on comprend que le pays, qui n'est saisi de la question que par la circonstance toute fortuite que le débiteur, après le transport, a transféré son domicile à l'étranger, ne peut pas, quoi qu'il arrive, appliquer sa règle de droit international privé, mais doit tenir compte du fait que le transport s'est exécuté en observant tel droit qui, à tel moment, pouvait être considéré comme le seul droit applicable ... » (27). C'est, comme on le constate, un appel frappant à la notion de prévision légitime des parties.

419. — On connaît, certes, les critiques adressées à cette théorie. Une première critique, et d'ordre assez général, a été présentée par Arminjon : le droit international privé n'est pas explicable par la notion de droits acquis parce qu'il *commande lui-même l'acquisition des droits*.

A cela, M. Francescakis répond que la notion de droits acquis ne fait qu'exprimer, en droit international, la notion interne de *non-rétroactivité des lois*. Il ne s'agit donc pas de justifier toute acquisition de droit, mais de rechercher, grâce à ce principe de non-rétroactivité, si un droit créé en non conformité de la règle de conflit du for doit être reconnu et maintenu dans l'ordre juridique de ce for : « La notion de droits acquis redevient dans ce cas un principe extérieur et supérieur aux règles de conflit et qui pourrait être formulé comme suit : lorsqu'une situation juridique a évolué successivement de l'empire d'un système de droit international privé à celui d'un autre, le second ne s'applique pas aux faits déjà accomplis en application du premier ... [et] ... il s'agit de faire prévaloir sur la diversité, non plus seulement des lois internes, mais des systèmes de droit international privé qui se partagent le monde, l'intérêt des parties à ce que les rapports qu'elles nouent se développent dans le temps d'une manière harmonieuse et efficace... » (28).

situation de fait établie à l'étranger dont elles ont pu jouir pendant plusieurs années : « il faut apprécier la régularité de la situation [validité et effets même réalisés d'un droit] en fonction de la loi désignée par le règlement français ».

(27) MEIJERS, *op. cit.*, p. 224.

(28) P. FRANCESKAKIS, note préc. à la *Revue*, 1952.89.

Présenter ainsi la question, en mettant en avant cet élément de succession dans le temps, est oublier que le conflit de systèmes dans le temps se double d'un conflit dans l'espace. Ce serait, sinon, un simple conflit mobile. Bien plus, ce que Martin a appelé « la complication temps » peut ne pas exister, et c'était bien le cas dans l'espèce soumise à la *Cour de Rabat* sur laquelle raisonnait M. Francescakis : les systèmes juridiques en cause contemplaient la situation au même moment (29).

Cette affaire soulevait un problème de liquidation de régime matrimonial entre deux époux dont l'un, le mari, était Italien, et l'autre Française devenue Italienne par son mariage. Les époux s'étaient établis en France, où ils s'étaient mariés, avant de gagner le Maroc.

Le mari, se fondant sur l'application de l'article 15 du *Dahir* marocain qui donnait compétence à la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, réclame l'application de la loi italienne qui conduit à décider la séparation de biens, cependant que la femme soutient que, le mariage ayant été célébré sous l'empire du droit international privé français, c'est ce dernier qu'il convient de considérer : ce qui entraîne l'application de la loi matérielle française, soit la reconnaissance du régime de communauté légale.

Il est clair que les deux systèmes en cause, marocain et français, prétendent au même instant régir la même situation : le recours aux prétendus droits acquis ne sert alors de rien et force est de constater que le droit international privé du for commande nécessairement la création des droits. Il y a lieu ici de retourner à M. Francescakis la critique qu'il adressait lui-même, et fort justement, au système de Niboyet prétendant faire recours à la maxime « *prior tempore, potior jure* ».

En résumé, les droits acquis, à supposer qu'on en admette le principe, ne sont guère capables de résoudre qu'un pur conflit de lois (internes ou internationales) dans le temps.

420. — A cela s'ajoute une critique maintes fois évoquée, et plus particulière au droit français ; en droit positif français, tel qu'il est fixé notamment par l'arrêt *Rivière*, on entend par « droit acquis » un droit acquis en conformité du droit international privé du for (30).

M. Francescakis pense toutefois qu'il n'y a pas contrariété entre les deux principes, les deux notions de droit acquis. La raison en

(29). Rabat, 24 oct. 1950, *Machet c. Revelu*, préc., *Revue*, 1952.89, note P. Francescakis ; *Clunet*, 1951.894, note B. Goldman.

(30) Si cette exigence subit quelque contestation lorsque le droit « acquis » a fait l'objet d'un jugement à l'étranger, dans le cadre des conditions de l'exequatur (cf. *infra*, n° 460), le droit positif français est, en l'absence de tout jugement étranger, ferme en ce sens : cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, 1970, n° 322, p. 385.

serait que l'arrêt *Rivière* vise la conformité au « droit international privé », or le « droit international privé », c'est plus large que l'expression « les règles de conflit »... « En ce sens — écrit M. Francescakis — qu'il comprend notamment les principes de conciliation des systèmes de conflit de lois et en tout état de cause le principe de l'admissibilité du renvoi » (31).

Ce raisonnement spécieux ne saurait être suivi. Certes, le droit international privé se doit d'être un droit coordinateur ; c'est à la fois sa définition et son but. Mais dire qu'il comprend *positivement* des « principes de conciliation » (le cas du renvoi étant réservé) est trop dire. Il n'y a là encore qu'un objectif reconnu comme tel par la majorité de la doctrine acquise, par ailleurs, au bien-fondé des idées nouvelles.

Nous concluons en disant que les droits acquis ou prétendus tels apportent une justification insuffisante à la doctrine dont il est ici question. Rappelons ce que, déjà en 1932, enseignait Arminjon : La notion inconsistante, ambiguë et polymorphe des droits acquis n'est *utilisable à aucun degré* en droit international privé. Ceux qui l'ont mise en œuvre ne s'entendent pas sur sa définition, ils en déduisent des conséquences très différentes. Quels que soient le sens et la portée qu'on lui donne, on n'en peut tirer ni une solution ni même une explication. En revanche, elle est *faite pour égarer le juge* et l'interprète dans une fausse direction. Prémisses imaginaires, conclusions fausses. Le respect des droits internationalement acquis est un de ces pseudo-principes, on dirait mieux une de ces *pétitions de principe*, que l'on présente comme la clef de toutes les difficultés et qui ne font que poser sous une forme obscure,... le problème à résoudre » (32).

Aussi bien le respect des droits acquis est-il doublé, dans notre doctrine, d'une autre considération : la situation litigieuse n'a pas eu, au moment de sa formation, de point de contact avec l'ordre juridique du for ; en d'autres termes, elle est demeurée « hors de sa sphère d'intérêts immédiats ».

2° *L'absence de contact entre la situation litigieuse et le for ou la recherche d'un principe d'autolimitation du système juridique du for.*

421. — Nous prendrons pour point de départ les termes de l'arrêt rendu par la *Cour de Paris*, 3^e Chambre, dans l'affaire dite « de la *Banque Ottomane* ».

Les faits de l'espèce étaient les suivants. Deux associés, Bakalian et Hadjithomas, intentent, devant le Tribunal de commerce de la Seine, une action contre la société Banque Ottomane aux fins de

(31) Note préc. sous l'arrêt *Patino*, *Revue*, 1954.552.

(32) ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *Recueil*, n° 44, 1933.II, p. 1 et s., not. p. 103 et s.

faire annuler, sur le fondement de la loi française relative aux sociétés anonymes, certaines délibérations d'assemblée.

Le Tribunal de commerce de la Seine, par ailleurs compétent en vertu d'une prorogation conventionnelle de juridiction, rejette cette action. Sur appel, la Cour de Paris confirme la décision des premiers juges.

La question essentielle qui se trouvait soulevée devant ces juridictions était de déterminer l'allégeance juridique de la Banque Ottomane et, par là, le droit qui lui était applicable. Le problème était ardu en raison de la situation très originale de cette société : créée dans des circonstances très particulières selon la loi turque, possédant son siège statutaire en Turquie, son véritable centre administratif se trouvait cependant à Londres. La société disposait, de plus, d'un bureau à Paris.

Les demandeurs à l'action soutiennent que la société est soumise au droit français et que, donc, la nullité des délibérations est encourue pour violation de la loi de 1867 sur les sociétés anonymes. Ils prétendent à cette fin se fonder sur la règle coutumière française de solution des conflits de lois qui rend compétente à l'égard d'une société la loi du pays où celle-ci a son siège réel.

La Cour de Paris redresse l'interprétation ainsi faite de la règle de conflit française. Le centre administratif se trouvant à Londres, la règle de conflit française désigne la loi anglaise dans un premier temps. Mais la loi anglaise appliquant le système de « l'incorporation » opère, dans un second temps, un renvoi à la loi turque. C'est donc, au regard du droit international privé tant français qu'anglais, la loi turque qui se trouve compétente.

Ce n'est pas cependant cette querelle d'interprétation qui nous importe ici. Si l'arrêt de la Cour de Paris doit retenir notre attention, c'est qu'il prétend ne devoir appliquer le règlement français ci-dessus explicité qu'à *titre subsidiaire*. La Cour « ... estime, en effet, que le « droit international de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que « sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts ; « qu'il s'ensuit que le système de conflit du for n'a pas à intervenir à « l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets, alors qu'elles ne présentaient « aucune attache quelconque avec le for ; que l'absence d'une telle « attache est mise en évidence par l'absence de compétence juridictionnelle du for... » (33).

422. — La source directe de cette importante décision et des motifs qui la fondent se trouve, ainsi que nous l'avons déjà signalé, dans la doctrine de M. Francescakis telle qu'il l'a exprimée en annotant l'arrêt *Patino* du 7 juillet 1954 (34). Cette nouvelle phase du

(33) *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane*, Paris, 19 mars 1965, *Clunet*, 1966.117, note B. Goldman ; *Revue*, 1967.85, note P. Lagarde.

(34) Voir en ce sens H. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., 1959, n° 322 et les notes. Cet éminent auteur paraissant, à l'époque, concevoir la possibilité d'un aban-

litige opposant les époux Patino avait pour base une convention conclue entre eux à New York, convention par laquelle M. Patino s'engageait notamment à verser en trois fractions une rente à son épouse. Après avoir exécuté partiellement — de gré ou de force — ses engagements, M. Patino demandait aux tribunaux français de son domicile d'annuler ladite convention qui créait une situation juridique contraire au droit français et d'ordonner, en conséquence, la répétition des paiements déjà effectués.

Dans sa note, M. Francescakis fait très justement observer que la situation, au moment de sa création, ne présentait, en aucun de ses éléments, d'attache avec la France, et que le seul fondement de l'action de Patino était la violation de la règle française de conflit qui viciait la convention incriminée (35).

Cette occasion lui permet de constater la « carence de l'appareil classique du droit international privé » : « quelque chose, en effet, paraît avec ce procès grincer dans l'appareil traditionnel du droit international privé, quelque chose dans les mécanismes de celui-ci comme engorgé par les faits de l'espèce ».

Aussi propose-t-il, en vue de remédier à cette situation, une délimitation des frontières de chaque système juridique. Il s'agissait en l'espèce d'une « convention conclue à l'étranger, entre étrangers, et dont les effets se sont entièrement épuisés à l'étranger *avant qu'une possibilité de compétence juridictionnelle* ne se soit offerte et ne l'ait faite reconsidérer en France ». Cette absence d'attache, de point de contact avec l'ordre juridique du for tout au long du développement de la situation exclut l'application à cette dernière du droit international privé du for.

423. — Retenons, tant dans la décision de la Cour de Paris de 1965, que dans la doctrine qui l'a inspirée, la double référence faite à l'absence initiale de compétence juridictionnelle du for. C'est que le problème se pose en effet de déterminer avec précision en quoi consistera *l'absence de contact entre la situation litigieuse et l'ordre juridique du for* : l'existence ou l'absence de compétence juridictionnelle des tribunaux du for paraît susceptible de fournir un critère.

don de la règle de conflit du for, estimait qu'il était en toute hypothèse limité à des cas déterminés, et précisément justifié « lorsqu'il s'agit de situations juridiques dont les effets se sont entièrement réalisés à l'étranger alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le pays du for... » (note 70, p. 377).

(35) *Revue*, 1954.552. La convention des époux était en effet valable selon la loi new yorkaise — applicable selon le droit international privé de l'Etat de New York —, mais nulle selon le droit bolivien — applicable selon la règle française de conflit. Pour M. Francescakis, le problème ne surgit pas de la contrariété des lois internes mises en regard, mais « parce que la solution du conflit de lois est, ou est supposée, différente en France et dans l'Etat de New York, le système français rendant compétente la loi interne bolivienne et le système new yorkais la sienne propre » : la convention incriminée est donc, pour l'auteur, contraire aux règles françaises de conflit de lois.

M. P. Lagarde estime cependant (36) que la difficulté, plus complexe, se situe à deux niveaux.

Il faut en premier lieu, selon cet auteur, que *la situation elle-même* soit, à l'origine du moins, sans attache avec le for. Mais si l'on s'accorde assez facilement à admettre que la situation doit avoir « été créée à l'étranger », il est plus délicat d'évaluer l'étendue de la proposition selon laquelle cette situation doit également « s'être développée à l'étranger et y avoir épuisé ses effets ».

On peut admettre ou contester ce surcroît d'exigence qui, comme le remarque M. P. Lagarde, réduit considérablement le domaine du système proposé : de façon générale, en effet, le droit international privé du for ne s'effacerait alors qu'en cas d'action en contestation de validité d'une situation créée à l'étranger (exemple de la Banque Ottomane) ; il reprendrait par contre son empire dans l'hypothèse d'une action en reconnaissance de validité susceptible de sortir des effets juridiques dans le for.

Passant outre cette querelle — interne à la nouvelle doctrine — remarquons qu'il sera de toute manière très difficile de savoir si une situation juridique a, ou non, épuisé ses effets à l'étranger (37). Considération secondaire ? Non car les situations juridiques épuisent rarement leurs effets en un instant et révèlent, au contraire, des conséquences tardives échappant à la prévision originale. Et dès lors que la situation est susceptible de fournir de nouveaux effets, dès que la détermination de ceux-ci est soumise au juge du for, le rapport juridique, bien que créé à l'étranger, affecte directement la sphère d'intérêts du for.

424. — Mais, à un autre niveau — et ici l'argumentation semble plus solide — *le litige actuel* est sans attache avec le for. Il faut entendre dans cette exigence l'absence d'un chef *objectif* de compétence des juridictions du for qui serait caractéristique de l'éloignement de la situation juridique par rapport au for (ainsi, dans l'espèce de la Banque Ottomane, la compétence des tribunaux français se fondait sur l'accord des parties).

M. Wengler, se référant expressément à M. Francescakis, exprime avec force cette idée que : « lorsque les tribunaux d'un Etat ne sont pas compétents, à un moment donné, pour se prononcer au principal sur une question [d'état], c'est le plus souvent parce que les parties n'ont avec lui aucun rattachement qui, selon les règles en usage parmi les pays civilisés, lui permette de soumettre l'état à sa propre loi. Or, il est en effet largement reconnu aujourd'hui que l'Etat « non

(36) Note préc., *Revue*, 1967.85 et s.

(37) Aussi M. Lagarde estime-t-il finalement qu'il est excessif de poser en condition que cette situation ait épuisé *tous* ses effets : il suffirait que la contestation élevée devant le juge du for ne soit pas destinée à prévenir un effet rattachant au for la situation ! M. Francescakis admet lui-même que réside là le point faible de la théorie : *Rép. Dalloz Dr. intern.*, V° *Conflits de lois*, n° 375.

intéressé » internationalement ne doit pas désigner la loi compétente d'après ses propres règles de conflit, mais s'aligner sur la position prise par l'un des Etats directement intéressés, mieux encore sur celle qui est adoptée par la majorité d'entre eux » (38).

Tous les auteurs ne s'accordent pas sur cette exigence. Ainsi, M. P. Lagarde estime que l'absence de chef objectif de compétence ne peut être érigée en condition de principe de la non-application de la règle de conflit du for : cette condition serait trop rarement remplie et ferait défaut, notamment, en certaines matières, comme l'état des personnes, pour lesquelles la prorogation conventionnelle de juridiction est interdite (39).

Aussi propose-t-il d'abandonner purement et simplement une telle exigence : peu importe l'existence d'un quelconque point de rattachement de la situation au for susceptible d'entraîner la compétence des tribunaux de ce dernier. L'absence de lien entre la situation elle-même et le for sera une condition nécessaire et suffisante.

425. — Dans son principe, sinon dans ses résultats, cette dernière attitude nous semble, à tout prendre, plus acceptable. On peut en effet opposer une double critique au système qui prétend lier l'exclusion de la règle de conflit du for à l'absence d'une compétence juridictionnelle objective.

En premier lieu, nous ne pensons pas qu'il y ait de distinction à établir entre compétence objective d'une part et prorogation conventionnelle de compétence d'autre part. La prorogation de compétence établit en effet ce lien avec le for dont la situation litigieuse était initialement dépourvue. Dès lors, le juge saisi est tenu de statuer, et de statuer conformément aux règles de droit désignées par ses propres normes de conflit (40).

Ensuite, il ne semble pas raisonnable de lier la solution d'un problème de conflit de lois ou même de systèmes à une question de compétence juridictionnelle (41). Cette condition ne saurait donc être retenue, même à titre d'indice déterminant le degré de l'éloignement du rapport juridique envers le for.

Il faut d'ailleurs noter que l'existence effective d'un chef objectif de compétence du for ne justifie même pas, aux yeux de certains auteurs, l'application du droit de ce dernier. On rencontre en effet

(38) Note, sous l'arrêt de la Cour d'appel d'Ontario — *Schwebel v. Ungar* —, à la *Revue*, 1965.321, not. p. 330.

(39) Note préc., à la *Revue*, 1967, p. 106.

(40) Cf., en ce sens, B. GOLDMAN, note préc. au *Clunet*, 1966.117.

(41) Cette opinion peut sembler aller à contre-courant de certaines tendances actuelles. Une liaison absolue entre les deux ordres de problèmes correspondrait mal, cependant, à la différence des préoccupations qui gouvernent le règlement des compétences judiciaire et législative, le premier seul ayant pour essence de consacrer des règles à localisation plurale — sauf exceptions. Cf. H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 55.

trop souvent l'affirmation du caractère purement fortuit de cette compétence notamment lorsqu'elle se fonde sur le domicile (42). Cette ultime contestation, outre qu'elle prouve, chez ceux qui la soulèvent, une certaine infidélité à leur propre argumentation, résulte d'un mépris inadmissible des divers chefs de compétence qui, dans les systèmes juridiques évolués, correspondent à une indéniable réalité.

Ainsi, en résumé, le principe de non-intervention de la règle de conflit du for serait essentiellement fondé sur la circonstance que la situation en cause est née et s'est développée à l'étranger, et qu'on ne saurait, sans déjouer les légitimes prévisions des parties, la remettre en cause devant un tribunal dont la compétence n'avait pu être prévue.

Lorsqu'on a détruit, il faut reconstruire. Quel monument doit-il s'élever sur les ruines de la règle de conflit du for ?

B. — LE PRINCIPE POSITIF.

426. — La règle de droit international privé du for étant écartée, comment convient-il que le juge saisi apprécie la situation litigieuse ? A quelle règle de conflit doit-il s'adresser afin de déterminer le droit applicable ?

Logiquement, le juge devra consulter le système juridique avec lequel la situation litigieuse a présenté ce contact qui lui fait défaut avec le for. Ce sera, pour M. Lagarde, le système juridique en conformité duquel la situation est née *ou* dans le ressort duquel elle s'est constituée. La formule même renferme des risques de conflit.

Les choses vont en effet se compliquer lorsque — comme c'est le cas le plus fréquent — plusieurs systèmes sont intéressés au règlement du rapport juridique en cause. Faudra-t-il appliquer le droit que ces systèmes désignent ?

Il n'y a pas de difficultés si ces divers systèmes s'entendent à rendre applicable le même droit, soit qu'ils contiennent des règles de conflit identiques, soit que malgré leur diversité les résultats ne diffèrent pas : le juge devra appliquer ce droit ainsi unanimement désigné, cette unanimité étant la meilleure justification apportée à l'exclusion du système du for (43). Dans ce cas, écrit M. Francescakis,

(42) C'est particulièrement l'attitude observée par M. WENGLER (cf. note à la *Revue*, 1965.332) qui approuve cependant la solution de la Cour d'Ontario pour ce motif que la validation du divorce par la loi israélienne « ne s'est pas *tout à fait* produite sans qu'il y ait eu un rattachement », faisant ainsi preuve de bien peu d'exigence... Cf. *infra*, n° 426.

(43) Au point que M. Batiffol lui-même, en dépit d'un certain « classicisme » de son enseignement ainsi que de son respect pour les solutions du droit positif, s'est montré sensible à cette concordance des systèmes de conflit concernés dont la considération serait susceptible de mener à des solutions « plus réalistes,

« ... l'attitude du système du for devrait être ... celle d'un *tiers neutre*, se bornant à prendre acte de la réalisation entre les systèmes impliqués de l'objectif de l'harmonie des solutions avec tout le cortège de complications dont on l'a vu s'entourer » (44).

Il va de soi qu'un tel accord est loin de toujours se réaliser. On en donnera pour exemple les faits de l'espèce soumise le 4 novembre 1963 à la Cour d'appel d'Ontario : *Schwebel v. Ungar* (45).

Ces faits débutaient par le mariage, en Hongrie, de deux Juifs, en conformité avec la loi hongroise. Ces gens, les Waktor, décidèrent de quitter leur domicile afin de gagner Israël. Séjournant, au cours de leur périple, en Italie, ils y divorcèrent par *gueth* en observant, donc, la loi juive. Ils arrivèrent ensuite en Israël où chacun suivit désormais un destin différent. Quelques années après la femme se remaria, en Ontario (Toronto), avec un Canadien. Ce mariage ayant été déclaré nul par le président de la Haute Cour, la femme fit appel de cette décision. La Cour d'appel d'Ontario se trouva donc dans l'obligation de déterminer la validité et les effets en Ontario d'un divorce intervenu en contrariété des règles de conflit tant hongroises qu'italiennes, mais conforme au droit d'Israël (46).

Avec M. Batiffol, « on saisit ici sur le vif la gravité de la démarche qui consiste à abandonner la règle de conflit du juge saisi. Cette règle était précisément destinée à déterminer celle des lois étrangères qui devait être appliquée ; si on l'écarte, on se prive de tout guide pour choisir entre les lois étrangères et notamment entre les lois étrangères de conflit » (47).

427. — Que nous propose alors la doctrine ? Une solution de remplacement qui n'est, à vrai dire, qu'une solution de facilité : on se contentera de l'accord de la *majorité* des systèmes intéressés (48) accord qu'enregistrera fidèlement le juge du for.

On remarquera cependant tout d'abord que, dans une telle hypothèse, plus rien ne justifie l'exclusion du système du for. La prétendue majorité devant laquelle devrait s'incliner ce système serait d'ailleurs souvent bien faible en raison du nombre peu élevé des systèmes susceptibles d'être engagés dans le conflit. Et, surtout, cette solution ne vaut plus rien au cas où, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Rabat, il n'y a que *deux systèmes* étrangers impliqués.

notamment plus aisément prévisibles par les parties » : *Traité*, 3^e éd., 1959, n° 322, p. 377. Voir cependant les termes, beaucoup plus réservés à cet égard, de l'auteur, dans la 5^e éd., en collaboration avec M. P. LAGARDE, n° 322, p. 386, de son *Traité*.

(44) *Le renvoi...*, p. 196.

(45) *Revue*, 1965.321, note W. Wengler.

(46) Cf. *infra*, n° 429.

(47) « Principes de droit international privé », *Recueil*, n° 97, 1959, II, p. 435 et s., not. p. 492.

(48) Voir, en ce sens, W. WENGLER, note préc., *Revue*, 1965.321.

Aussi certains auteurs proposent-ils alors d'en revenir purement et simplement au droit international privé du for (49).

Un auteur comme M. Francescakis rejette ces solutions de facilité et, poussant plus avant l'analyse, atteint le point culminant de sa doctrine en la matière. Il semble, en réalité, proposer deux façons de résoudre le problème.

En premier lieu, il admet que la solution, dans ces circonstances, relève du système du for, mais non de la règle de conflit « normale » : il y aurait lieu à application d'un « *règlement subsidiaire* ». Cette notion de règlement subsidiaire ne nous est pas inconnue, puisqu'elle a fait son apparition dans la doctrine française avec le problème du renvoi. Quelle sera donc la consistance de ce « règlement subsidiaire » ? Rien d'autre que la vieille maxime *locus regit actum*. Cette solution expliquerait, selon l'auteur, l'arrêt de la Cour de Rabat.

428. — Mais il faut aller plus loin et se poser, avec M. Francescakis, la question suivante : « Convient-il maintenant d'imaginer qu'il soit permis de franchir encore une étape et d'aller jusqu'à se *désintéresser* du conflit entre les systèmes étrangers impliqués, en admettant en France comme acquise toute situation dont on voudrait se prévaloir, pourvu qu'elle l'ait été valablement au regard de l'un quelconque de ces systèmes ? » (50).

Reconnaissons-là le souffle de Niboyet (51) qui a également inspiré l'article 53 du premier Avant-Projet de la Commission de réforme du Code civil, selon lequel : « A moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique créée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, produit ses effets en France » (52).

M. Francescakis dépasse son inspirateur et prétend imposer une vue à la fois plus réaliste et plus protectrice de l'ordre juridique français. Cette vue consiste, ni plus ni moins, à reconnaître dans la situation ainsi créée à l'étranger, et validée par un seul des systèmes en cause, « ... un *fait international* que le système du for se doit d'autant plus de consacrer qu'il ne s'est pas trouvé lui-même impliqué lors de la création de la situation en cause » (53). En somme, la « thèse de Niboyet sur la reconnaissance préférentielle des situations *effectivement* acquises selon un système étranger (*prior tempore*,

(49) En ce sens : MAKAROV, *op. cit.*, p. 446 et même W WENGLER (note citée *supra*, p. 330).

(50) *Le renvoi*, p. 198.

(51) *Traité*, t. III (1944), n° 945 bis.

(52) Il suffit d'écrire « système français de conflit » partout où figurent les mots « loi française » pour adapter la formule de Niboyet, dont M. Francescakis s'est ouvertement inspiré (cf. P. GOTHOT, *Revue*, 1971, p. 429).

(53) *Le renvoi...*, p. 201. Voir également Rép. Dalloz Dr. intern., V° *Conflits de lois*, n° 371 : M. Francescakis, comparant les opinions auxquelles il a successivement attaché son nom, estime que cette dernière est « préférable », et se recommande par sa « simplicité ».

potior jure) paraît, en l'état actuel de la doctrine, correspondre aux besoins du commerce international» (54).

Thèse à laquelle M. P. Lagarde adhère avec enthousiasme : à la question de savoir quel droit international privé doit régir la situation à défaut de celui du for, il répond (55) que la question est « dépourvue de sens », car cette situation *existe en elle-même*, comme *un fait international*.

429. — C'est, encore une fois, une attitude « neutre » qui est commandée au juge du for. Cette attitude aura pour effet d'aboutir au respect de celui des systèmes étrangers qui *voulait s'appliquer et a effectivement opéré*.

On voit ici resurgir le refus profond de la doctrine contemporaine de contribuer à ériger le système juridique du for en « redresseur de torts » des systèmes étrangers, refus que l'on retrouvera exprimé plus directement à propos du contrôle de la compétence législative étrangère dans l'instance en exequatur (56).

Sont-ce là ces moyens « véritablement juridiques », souhaités par M. Francescakis, par lesquels il convient de « maîtriser » cet « irritant phénomène » de la divergence des règles de conflits (57) ?

C'est ce même auteur en personne qui exprime l'objection majeure pouvant être formulée à l'encontre de cette construction : « C'est là, dira-t-on, l'entérinement du fait accompli, une sorte de « *prescription dans l'espace* ». Doit-on finalement parler de « droit acquis » ou de fait accompli ? N'est-on pas en présence d'une application pure et simple au droit international privé du principe d'effectivité, ou encore de l'extension, depuis le domaine des conflits de lois, de la thèse de la loi de validité (58) ?

On ne peut retenir ces questions devant des arrêts tels que celui rendu par la Cour d'Ontario dans l'affaire *Schwebel v. Ungar*, dont les faits ont déjà été rappelés. La Cour reconnaît en effet le divorce des époux Waktor sur le seul fondement de la loi du pays d'Israël, pays de *destination* des époux *au moment* où ils divorcèrent. Ni le système hongrois de leur domicile d'origine, ni le système italien du lieu du divorce, n'accordait par contre aucun effet à cette séparation.

Oui, dit la Cour, mais « d'une part, à son arrivée en Israël, elle

(54) *Le renvoi...*, p. 203.

(55) Note sous l'arrêt *Banque Ottomane*, *Revue*, 1967.85 et s.

(56) Voir *infra*, n^{os} 480 et s.

(57) M. Francescakis le pense puisqu'il les a proposés en substance lors de la rédaction du projet de Code civil éthiopien, ainsi conçue : « 1) Un rapport juridique qui a été créé à l'étranger alors qu'il ne présentait avec l'Ethiopie aucune attache... est reconnu en Ethiopie même s'il est contraire aux règles éthiopiennes des conflits de lois. 2) Il suffit dans ce cas que ce rapport juridique soit reconnu par le droit international privé d'un des Etats avec lesquels il présentait, au moment de sa création, une attache ».

(58) Sur cette suggestion et la critique, cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, n^o 322, note 70, p. 387.

« [la femme Waktor] a acquis des droits en Israël en vertu de la loi « israélienne... et, d'autre part, en acquérant un domicile en Israël, « elle avait le droit, lors de son arrivée en Ontario, de conserver son « état de célibataire... », car, rappelle la Cour, empruntant à Dicey par l'intermédiaire de Graveson, « ... l'application d'une loi étrangère « n'est pas affaire de caprice ou de choix... Elle résulte de l'impossibilité de trancher différemment des catégories entières de procès « sans commettre des injustices ou infliger de graves inconvénients « aux parties... » (59).

On ne saurait, sous peine de condamner à mort le droit international privé, accepter tel principe. Est-ce d'ailleurs un système souhaitable ? Si oui, pourquoi certains auteurs éprouvent-ils le besoin de réserver expressément le cas de fraude en estimant que le juge saisi, bien que la situation juridique soit sans contact avec son système, est toujours à même d'exiger une certaine moralité ?

Il faut bien admettre que le juge sera en peine d'extraire quelque directive que ce soit de semblables théories. Et c'est désormais d'un point de vue plus concret que nous examinerons les critiques auxquelles elles se heurtent, notamment dans l'appréciation de leurs conséquences.

§ 2. — Résultats peu souhaitables

430. — Ils le sont sur deux plans. En effet, d'une part, le système ici incriminé présente des inconvénients dont l'un au moins — la possibilité de fraude — a été déjà perçu.

On a affirmé cependant que cette solution serait la meilleure en l'état actuel du droit international privé, qui trouverait avantage à la consacrer « parce qu'elle assurerait une plus grande stabilité des relations internationales ». Or nous allons constater que la solution proposée ne contient au regard de la coordination des systèmes de conflits aucun avantage décisif. C'est sur ce dernier terrain que la mise en cause du système proposé sera la plus nette.

(59) Peut-être l'emploi, par la Cour d'Ontario, de ses propres règles de conflit aurait-il conduit au même résultat, en raison de la situation très particulière des époux Waktor qui, au moment de leur divorce, étaient réfugiés politiques, résidant précairement sur le sol italien au cours du trajet qui devait, moins de trois semaines plus tard, les mener en Israël. La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision en 1965 : *Clunet*, 1969.746, obs. J. G. Castel (« Chronique de droit canadien ») qui note que les décisions ont eu pour principal effet de subordonner la règle de conflit d'Ontario à la loi israélienne, et plus précisément, à l'attitude des tribunaux israéliens favorables à la reconnaissance de tout divorce ayant observé la loi mosaïque (p. 756).

A. — INCONVÉNIENTS DU SYSTÈME.

431. — Constatant *ses inconvénients*, la critique de la théorie se doit d'être graduée. Les inconvénients les plus évidents se révèlent au niveau de la mise en œuvre pratique de cette théorie. Au-delà, on peut considérer que le fait d'imposer au juge national un rôle parfaitement incompatible avec son office constitue une seconde sorte de résultats dommageables.

Revenant sur le premier point, il est aisé d'esquisser en une rapide nomenclature les « risques » inhérents à une théorie qui prétend exclure la règle de conflit du for.

Il faut d'abord insister sur l'incroyable facilité du système offert aux justiciables, sur la *prime à la fraude* qui en découle. Ceci est vrai quel que soit le système « de remplacement » proposé en lieu et place de la règle de conflit du for : application de la maxime *prior tempore, potior jure*, transposition de la règle *locus regit actum* ou encore respect du « fait internationalement acquis »...

Tout, en réalité, se ramène à cette constatation qu'il faut mais *suffit* qu'un seul des systèmes juridiques impliqués (sauf celui du for ?) conforte la situation juridique litigieuse. Dans ces conditions, il se trouvera toujours au moins un système juridique répondant aux besoins de la cause... de l'un des plaideurs, du moins. Car l'on oublie trop souvent que deux parties au moins sont engagées dans le litige, dont aucune n'a d'intérêts *a priori* moins légitimes que l'autre. Pourquoi, de façon systématique, favoriser toujours celle qui prétend au maintien du rapport juridique contesté ?

432. — Facile en ce sens qu'il ouvre la voie à la mauvaise foi et à la fraude, le système proposé ne présente que difficultés s'agissant de son *application*.

La toute première difficulté sera de déterminer si la situation litigieuse « mérite » ou non d'être intégrée au système de droit international privé du for. Il faudra rechercher si elle a été créée à l'étranger, si elle s'y est déroulée sans présenter jamais de contact avec le for, si elle y a épuisé ses effets... en vertu d'autant de critères qui sont à découvrir.

Une fois ce point délicat tranché, une nouvelle quête sera nécessaire afin de savoir si la situation s'est établie conformément à l'un au moins des systèmes en contact avec elle (dans la doctrine la moins exigeante) : où l'on retrouve, mais considérablement accru, l'inconvénient, maintes fois signalé à propos du renvoi et des questions préalables, et tenant à la difficulté de connaître la règle de conflit étrangère. La tâche du juge ainsi que des parties en sera singulièrement compliquée puisqu'il faudra, pratiquement, apporter la preuve de la teneur de *tous* les systèmes intéressés.

Il faut surtout penser que le juge saisi ne franchira aucun de ces obstacles dépourvu de ses habitudes de raisonnement, de son contexte

de droit national. Ce n'est pas, et ne peut être, d'un point de vue véritablement international, mais par rapport à ses propres concepts qu'il déterminera si la situation présente ou non un rattachement au for ; c'est avec ses yeux de juge français, anglais, allemand... qu'il considérera souverainement quels systèmes étrangers étaient intéressés au litige ; et comme c'est encore lui qui jugera finalement de la conformité de la situation litigieuse à l'un au moins de ces systèmes, c'est dire qu'il évaluera chacun des termes de la comparaison (qualification de la situation, teneur et preuve des règles de conflit étrangères) selon ses propres vues, non selon une vue étrangère, encore moins internationale. Il y a là comme une limite imposée.

433. — La raison essentielle en est que l'on prétend imposer au juge saisi un rôle dont l'incompatibilité avec son office est, en quelque pays que ce soit, patente.

Que lui demande-t-on en effet ? On lui demande d'abord de se considérer comme détaché de la souveraineté du for et de rejeter son système de droit international privé. Et, comme il est, malgré ces circonstances, tenu de statuer, on attend de lui qu'il découvre et applique un principe de solution en quelque sorte vraiment international.

Le juge saisi cumulerait donc, ou le devrait, deux qualités : celle d'arbitre en premier lieu, qui serait dégagé comme tel, en raison de la source contractuelle de sa compétence, du respect de tel ou tel système de droit étatique ; celle de législateur international ensuite, appelé à définir un nouveau droit des conflits, droit des conflits de systèmes, formé de « super-règles » de conflit (60). Or le juge n'est ni un arbitre, ni un législateur. Il ne le peut.

La conception même du rôle du juge, la source de sa *jurisdictio*, la place qu'il occupe dans les structures étatiques, empêchent de concevoir même son rôle comme celui d'un arbitre à l'instar de ceux qui résolvent les litiges du commerce international. Peu importe à cet égard que sa saisine provienne ou non d'une prorogation conventionnelle de compétence : toute comparaison serait dépourvue de sens (61).

On ne peut davantage attribuer au juge étatique la tâche d'un législateur international. Outre qu'une telle solution n'est pas souhaitable pour des raisons que nous verrons plus loin (62), elle a

(60) Voir, pour ces « super-règles de conflit », et l'ordonnancement en deux étages des règles du droit international privé, autrefois préconisés par Gabba et Neumann : P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *Revue*, 1971, p. 435 et s.

(61) Cf., en ce sens : B. GOLDMAN, note critique sous l'arrêt de la *Banque Ottomane*, *Clunet*, 1966.117 et s. — A la différence de l'arbitre, du moins de l'arbitre « international », le juge étatique a, en effet, un for.

(62) Si chaque juge s'érige en législateur international au niveau des conflits de systèmes, il est clair que les conflits seront multipliés, non résolus. Cf. *infra*, n° 436.

été rejetée par celui à qui la doctrine moderne doit son impulsion décisive. Il s'agit de Meijers qui, en 1937, prévoyait que « si on veut aller plus loin, si en cas de conflit entre les règles de droit international privé des pays en compétition, on veut donner, selon des règles fixes, une solution acceptable pour tous ces pays, ces règles devraient être établies par traité » (63).

434. — On peut emprunter à Lewald les exemples qu'il tire de la jurisprudence italienne intervenue en matière de droit international privé des successions, sous l'empire de l'ancien Code, exemples qui concernent cette fois une hypothèse de conflits positifs de systèmes dans l'espace, sans complication temps.

Le problème était d'interpréter l'article 8 des Dispositions Préliminaires du Code civil. Ce texte prescrivant, en matière successorale, la compétence de la loi nationale du *de cujus* devait-il s'appliquer aux immeubles situés dans un pays dont la règle de conflit consacrait la compétence de la *lex rei sitae* en matière de succession aux immeubles ?

Si les premiers arrêts firent application de la règle de conflit étrangère, la doctrine détermina rapidement un revirement marqué notamment par les arrêts de la Cour de cassation de Turin du 20 février 1905 (64) et de la Cour d'appel de Florence du 28 juin 1927 (65). Citons ici les propres termes de l'arrêt de 1927 : « Notre loi exclut « d'une manière absolue et complète que le magistrat italien puisse « tenir compte des règles de droit international privé en vigueur dans « des pays étrangers et spécialement de celles qui, dans l'Etat « étranger, reconnaissent une compétence législative non admise « par la loi du for ; elle part plutôt de la conception que le magistrat « doit considérer exclusivement la détermination de la compétence « législative faite par la *lex fori*... ».

Si nous reprenons ces exemples, c'est qu'ils présentent, pour Lewald, l'intérêt de démontrer l'inanité de telles tentatives. « Il est aisé de se rendre compte — écrivait-il — qu'il n'est pas du ressort du juge, en cas de conflit positif, d'écarter la règle de conflit de sa propre législation au profit de celle d'une législation étrangère, à moins que le droit international privé du for ne cède expressément le pas, de par la volonté du législateur, à la règle de conflit étrangère », et surtout, « dans l'état actuel du droit international privé, les règles de conflit font partie des systèmes législatifs des différents Etats et, quelle que soit la nature de ces règles, elles s'adressent au premier chef au juge de l'Etat dont elles émanent. Comment celui-ci, par des *considérations de pure opportunité*, serait-il autorisé à écarter sa propre législation, déclarée applicable par sa propre règle de conflit, pour la solution donnée au conflit de lois par un législateur

(63) *La question du renvoi*, op. cit., p. 227.

(64) *Rivista di diritto intern.*, 1906, p. 570, note Anzilotti ; *Clunet*, 1907.509.

(65) *Giurisprudenza italiana*, 1928, II, 8 et s. ; *Clunet*, 1928.503.

étranger ? Le *conflit positif*, de par sa nature même, est *insoluble*. Il ne peut être supprimé que par l'*unification* des règles de conflit » (66).

435. — On ne peut, ici, retenir une pensée pour le « dédoublement fonctionnel » de G. Scelle, tel que M. Batiffol l'a utilisé pour le droit international privé (67). En conséquence de la carence des sources normatives et surtout — pour ce qui nous intéresse — de l'absence d'organes d'administration de la justice internationaux, les organes internes se voient échoir un double rôle. Aussi, un tribunal interne devrait, lorsqu'il est saisi d'une affaire « internationale », statuer comme s'il était une juridiction internationale, donc en considération des besoins et de la finalité propres à la société internationale.

Mais M. Batiffol a toujours reconnu l'antériorité et, en quelque sorte, la supériorité de fait de la société interne par rapport à la société internationale (68).

Aussi faut-il reconnaître qu'en l'état actuel du droit international privé, ce n'est pas, comme le pensait M. Francescakis, la solution de Niboyet qui est la plus appropriée, mais bel et bien la solution « classique ». Et selon celle-ci, la compétence du système de solution des conflits d'un pays X résulte *nécessairement* et *suffisamment* (à l'inverse de ce qui se passe pour les règles matérielles de fond) du fait que le juge de ce pays X est compétemment saisi pour trancher le litige (69).

B. — ABSENCE D'AVANTAGES DÉCISIFS.

436. — L'absence d'avantages décisifs pour la résolution des conflits de systèmes n'est qu'un grief supplémentaire. La nouvelle doctrine ajoute en effet à ses inconvénients l'insigne défaut de ne pas remplir le but qu'elle s'était assigné. Quel reproche plus grave peut-on adresser à un système, quel qu'il soit ?

Réduite à sa plus simple expression, la carcasse du système proposé consiste en fait — on l'a perçu à plusieurs reprises — en une mise en forme juridique de considérations de pure opportunité. Il s'agit ici de montrer qu'une telle opportunité est bien souvent... inopportune.

On a eu, en effet, l'ambition de créer un système doué d'une

(66) H. LEWALD, « La théorie du renvoi », *Recueil*, n° 29, 1929, IV, p. 519 et s., not. p. 531-532.

(67) H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*.

(68) Cf. P. FRANCESCAKIS, « Philosophie du droit et droit international privé. A propos du livre de H. Batiffol », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1957, p. 205.

(69) Voir, en ce sens, B. GOLDMAN, note préc. au *Clunet*, 1966.117.

valeur universelle et capable, comme tel, de réduire à néant les conflits des systèmes de droit international privé nationaux.

Or, force est de constater que les solutions proposées ne sont jamais que les constructions d'une certaine doctrine « nationale » proposées à la consécration d'une jurisprudence non moins « nationale ». D'où une première source d'échec : il n'y aura pas de système universellement admis. Par contre, aux conflits de systèmes de droit international privé viendront se superposer les conflits de systèmes... doctrinaux.

La raison profonde en est l'existence irréductible du phénomène étatique et, plus directement, l'absence d'une communauté de droit suffisamment étroite. Aussi bien les règles de conflit ne sont-elles pas des règles supérieures aux nations, mais des règles nationales.

Il en ira de même des règles destinées à résoudre les conflits de systèmes. Meijers, se fondant notamment sur l'antinomie des systèmes anglais et américain d'une part et des propositions de la doctrine allemande d'autre part, le prévoyait déjà et écrivait : « Il conviendrait alors de songer à un *droit international privé à la troisième puissance* » !

Cette constatation, cette prophétie, ruinent le principe. Où pourrait-on s'arrêter en si bonne voie ? On peut envisager à l'infini une succession de règles de « droit international privé » (au sens large) qui, placées à un degré toujours plus élevé, seraient chargées de coordonner des règles de même nature du degré immédiatement inférieur... et, à la limite, un droit international privé à la puissance *x*.

En conclusion, réfutant la doctrine proposée, nous ne retiendrons que sa source d'inspiration, qui est le souci de faire « vivre ensemble » les systèmes juridiques. Cet idéal ne peut plus, de nos jours, être méconnu, mais il doit recevoir des prolongements moins idéalistes que ceux dont nous venons d'examiner la valeur.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE : POUR UNE NOUVELLE DÉFENSE DE L'APPAREIL CLASSIQUE

437. — Nous avons ainsi tenté de dénoncer la plupart des inconvénients qui découlent d'une réglementation des conflits de systèmes conditionnée par l'abandon pur et simple de la règle de conflit du for. Est-ce à dire que force en est de revenir au principe classique commandant l'application automatique de la règle de conflit du for en toute hypothèse ? C'est ici que gît la fausse alternative.

Il résulte de ce qui précède que toute solution d'exclusion du système du for demeure encore une règle de conflit — de systèmes — du for, règle dérogeant, sans nécessité bien apparente, aux règles ordinairement suivies (70). Si l'on ne parvient donc pas à mettre parfaitement, en logique, hors de cause le système du for, il convient de trouver en lui, tel qu'il est conçu par la doctrine classique, les solutions que nécessitent les conflits des systèmes. Et, en vérité, la doctrine dite classique l'a pourvu d'un arsenal si riche de moyens qu'il semble possible d'y puiser l'instrument de son adaptation aux problèmes actuels : cet instrument est *le renvoi*, mécanisme coordinateur mais respectueux des systèmes étatiques de conflits de lois. La « redécouverte » de cette voie déjà ancienne nous occupera d'abord (§ 1), après quoi nous en esquisserons les limites (§ 2).

§ 1. — Exposé de la solution proposée

438. — L'appareil déjà traditionnel du droit international privé renferme le principe du renvoi qui a pour but de coordonner des systèmes en conflit « négatif », et pour effet de réaliser une combinaison entre la règle de conflit du for et la (ou les) règle de conflit étrangère.

Le renvoi poursuit le but qui, dans le domaine des conflits « positifs », s'impose également. La solution qu'il y apporte semble donc susceptible de nous ouvrir la voie nouvelle recherchée et de rejeter la fausse option ci-dessus dénoncée. Il ne s'agira, ainsi, ni d'exclure la règle de droit international privé du for, ni de l'appliquer systématiquement : il sera nécessaire, mais *suffisant*, de la combiner avec la (ou les) règle étrangère de conflit impliquée.

C'est ainsi une « présentation nouvelle du renvoi » (71) qui est proposée, c'est-à-dire une extension, aux *conflits positifs* de systèmes, du principe de base du célèbre mécanisme. Les avantages réels qui s'attachent à une telle proposition seront évoqués après que nous ayons quelque peu développé notre point de vue.

439. — 1° *Les bases* de notre solution consistent en deux propositions complémentaires.

Au point de départ, nous maintenons la doctrine classique qui consiste à admettre comme un postulat que le juge saisi *doit* appliquer à l'évaluation du rapport qui lui est soumis *sa seule règle de conflit nationale* et ne *peut* appliquer que celle-ci. Il le doit, d'abord, en vertu des principes supérieurs qui dominent l'ensemble du droit. Ensuite, s'agissant par hypothèse d'opérer un choix entre systèmes

(70) Voir, pour cette observation, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, n° 322, p. 386.

(71) Voir, en ce sens, B. GOLDMAN, *Clunet*, 1966, p. 117 et s.

concurrents, à quelles règles ce juge pourrait-il s'adresser si ce n'est à celles que lui fournit son propre ordre juridique ? Dès lors que l'on rejette les thèses protectrices du « fait accompli », adopter une solution différente se heurterait à des obstacles analogues à ceux qu'avait opposés la théorie de la qualification *lege causae* et qui firent préférer le système de la qualification *lege fori*.

Ce point étant considéré comme acquis, et l'appui de la tradition historique dispensant de plus amples justifications, il reste à déterminer *quel rôle* on va faire jouer à cette *règle de conflit du for*.

Il est exclu d'en tirer la simple désignation de la règle de droit matériel applicable au fond du litige : ce serait refuser toute coordination. On peut alors hésiter entre deux voies. On peut, en premier lieu, tenir compte de ce phénomène contemporain qui « consiste à faire porter le choix prescrit par le procédé du conflit de lois non plus sur les règles de droit interne, mais sur les règles elles-mêmes de conflit de lois des pays mis en cause, dans l'hypothèse où elles sont différentes... » (72). On considérera alors que la désignation faite par la règle de conflit du for concerne le système juridique étranger en toutes ses dispositions, y compris celles de conflit.

La seconde voie consiste à économiser ce raisonnement pour demander directement à la règle de conflit du for la désignation du système de droit international privé étranger « compétent ». Malgré les apparences, l'une et l'autre voie peuvent mener à des conséquences assez différentes. Dans le second cas, en effet, la méthode utilisée doit conduire à appliquer la loi matérielle désignée par le système de conflit que nous avons estimé « compétent » : elle exclut donc la succession de renvois de système à système que comporte la première méthode (73).

440. — En l'état actuel du droit international privé, la première solution proposée a nos préférences. Conservant, en effet, à la règle de conflit du for son rôle nécessaire, elle réalise la coordination du plus grand nombre des systèmes par ce stade intermédiaire « où les vues des pays intéressés ont été mises en balance quant à l'aptitude même des lois internes à régir [ce rapport] » (74).

Cette thèse semble avoir l'approbation de M. Goldman qui, dans

(72) P. FRANCESCAKIS, *Philosophie du droit et droit international privé*, préc., p. 211.

(73) Si, par exemple, la règle de conflit française désignait directement le système de conflit allemand, nous devrions appliquer la loi matérielle, italienne, désignée par ce système allemand. Si nous jugeons ne pas avoir à opérer cette désignation directe d'un système de conflit, nous commencerons par estimer que la loi interne allemande est compétente ; le droit international privé allemand renvoyant à la loi italienne et le droit international privé italien à la loi espagnole, nous ferons finalement application, non de la loi italienne, mais de la loi espagnole dont on suppose que le droit international privé espagnol confirme la compétence.

(74) P. FRANCESCAKIS, *Philosophie du droit et droit international privé*, cité, p. 212.

sa note sous l'arrêt de la Cour de Rabat, se demandait « ... si ici comme en matière de renvoi, le point de départ du raisonnement ne doit pas être l'application de la règle de conflit du for, quitte à admettre que celle-ci peut commander l'application de l'ensemble du droit étranger ayant concerné, dans le passé, le rapport juridique litigieux » (75).

Ainsi, qu'il s'agisse de conflits de nature positive ou négative, dans l'espace ou dans le temps, des règles de conflit, la solution serait assurée par la consultation des règles de droit international privé opérée par la règle de conflit du for vis-à-vis du système initialement désigné par elle. L'application aux conflits dans le temps en est formellement faite par M. Goldman : « ... lorsque les règles de conflit dans le temps imposent l'application d'un droit ancien, il faut entendre par là *tout* ce droit ancien, y compris ses règles de conflit dans l'espace — de même que lorsque les règles de conflit dans l'espace du for imposent l'application d'un droit étranger, il faut entendre par là *tout* ce droit étranger, y compris ses propres règles de conflit dans l'espace. *Mais il reste que c'est en vertu du droit international privé du for,...* que l'on aura fait appel au droit national « ancien » dans son ensemble » (76).

441. — On ne saurait méconnaître sans injustice la qualité d'inspiration de cette thèse. Considérant qu'elle n'est pas en contradiction avec les enseignements de Meijers, mais au contraire se situe dans leur ligne, nous insisterons sur sa conformité aux conceptions de M. Batiffol.

Du programme que M. Batiffol fixe au droit international privé (77), nous retiendrons essentiellement les deux préoccupations suivantes qui doivent guider les solutions à venir du droit international privé : ces solutions devront, tout d'abord, avoir égard aux intérêts de la collectivité dans laquelle s'insèrent les relations et surtout de celle au nom de laquelle s'exprime le juge. Le maintien du rôle de la règle de conflit du for nous semble répondre à cet objectif.

En second lieu, on devra, en élaborant ces solutions, « considérer les intérêts propres de la société internationale, si embryonnaire soit-elle, puisque ces relations sont un de ses éléments constitutifs ». Le caractère « embryonnaire » de la société internationale, constamment marqué par M. Batiffol, explique et justifie que, dans notre solution, l'international procède en quelque sorte de l'interne. Ceci est la conséquence nécessaire de cette sorte de « dédoublement fonctionnel », imposé, dans les limites relevées, par l'état d'inorga-

(75) Note préc. au *Clunet*, 1951, p. 900.

(76) *Id.*, p. 900. La combinaison du renvoi et du conflit mobile, de même que les distinctions opérées, à l'intérieur du règlement conflictuel, entre acquisition des droits et effets des droits, permet ainsi suffisamment de tenir compte de la « complication temps » des conflits de systèmes.

(77) Cf. ses *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc.

nisation des relations internationales à chaque juridiction nationale, que nous avons déjà évoqué. Mais notre solution, bien que tributaire de cet état de choses, n'en considère pas moins « les intérêts propres de la société internationale », puisque le souci de coordination des systèmes juridiques y est préservé de manière plus efficace.

Cette nécessaire coordination n'est pas, en effet, envisagée d'un point de vue théorique comme il résulte des doctrines qui prétendent fournir un principe de solution unique pour *tous* les systèmes juridiques. Il s'agit ici, au contraire, d'organiser une coordination *concrète* entre les systèmes impliqués *en l'espèce*. Cette coordination, comme on l'a fait remarquer pour le renvoi, sera d'autant plus étendue que le nombre de systèmes impliqués en l'espèce sera élevé : elle est donc bien plus efficacement assurée.

Divers avantages contribuent d'ailleurs à appuyer notre thèse.

442. — 2^o *Les avantages*, à la fois *concrets* et *théoriques*, de notre solution sont essentiellement au nombre de trois. Elle permet, en effet, d'une part le maintien de la règle de conflit du for, et d'autre part une explication rationnelle et cohérente de tous les problèmes actuellement posés par les conflits de systèmes. Enfin, ces avantages eux-mêmes ont le grand mérite d'être réalisés grâce à un procédé qui, dépourvu de nouveauté, a été éprouvé et reconnu utile.

De l'avantage résultant du maintien de l'application, par le juge saisi, de son propre système de droit international privé, nous ne ferons qu'un bref rappel.

D'un premier point de vue, très concret, on a souvent, et à juste titre, souligné la commodité qu'il y a pour le juge à appliquer sa propre règle de droit. On ne doit pas, certes, fonder une théorie sur des considérations de pure commodité ; mais il faut reconnaître que la compétence de la règle de conflit du juge saisi est une des règles les plus constantes et les plus largement consacrées. La valeur indiscutable qu'on lui reconnaissait naguère prouve amplement son bien-fondé.

A cet égard, la thèse que nous présentons est bonne en ce sens qu'elle n'établit pas de solution de continuité avec la façon de penser traditionnelle et qu'elle peut donc, sans difficultés bien grandes, s'imposer à une jurisprudence nourrie des principes de la doctrine « classique », qu'elle ne fait qu'adapter à l'actualité du droit international privé.

443. — Par ailleurs, et d'un point de vue plus théorique, notre solution est satisfaisante pour l'esprit car elle apporte une simplification dont on ne pense pas qu'elle soit négligeable.

Cette simplification consiste à donner *une seule explication*, une *unique solution* pour tous les problèmes issus de la diversité des systèmes de droit international privé, apportant ainsi clarté et cohérence en la matière.

Les conflits de systèmes sont en effet, jusqu'à présent, arbitrairement divisés quant à leur étude et leur solution. De sorte qu'à la difficulté propre à la matière s'ajoute la complexité provenant de l'existence d'au moins trois théories : théorie du renvoi, théorie des questions préalables, enfin de l'exclusion de la règle de conflit du for dans les conflits positifs.

Ces diverses théories, si elles ont la même source d'inspiration, se sont chronologiquement développées de façon indépendante et semblent à présent vivre d'une vie autonome. En somme, tout se passe comme si *aucune doctrine d'ensemble* n'avait vu le jour relativement aux conflits de systèmes.

Si l'on fait, par contre, du principe qui est à la base du renvoi un *principe général* et non plus une exception ; si l'on prescrit au juge saisi, en toute hypothèse, de consulter l'ensemble du système juridique que désigne sa règle de conflit, on aboutit à des résultats analogues à ceux obtenus par d'autres voies (théorie des questions préalables...) avec le double avantage d'une solution unique et d'une solution conforme à ce qui fait déjà figure de tradition. Dès le moment où l'on ne se contente pas, en effet, de la consultation de n'importe quel système de conflit au profit duquel serait indûment abandonnée la règle de conflit du for, mais qu'au contraire, serait-on tenté de dire, on ne consent si peu que ce soit à altérer le rôle de la norme de conflit du for qu'en vue de la coordination des divers systèmes nationaux, on s'aperçoit nécessairement que le renvoi procure à cet égard les avantages vainement recherchés dans d'autres directions.

La Cour de Paris, le 19 mars 1965, dans l'affaire de la *Banque Ottomane*, en a fait malgré elle la brillante démonstration : elle a en effet mis en évidence que l'attitude consistant à prendre en considération le seul ordre juridique, turc, intéressé — « le système de conflit du for n'ayant pas à intervenir » — menait rigoureusement *aux mêmes résultats* que ceux postulés par l'application du règlement français, celui-ci étant regardé comme admettant le renvoi opéré de la loi anglaise à la loi ottomane, par une anticipation sur l'application effective de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 (78).

444. — Quant au moyen technique dont il est ainsi fait usage, nous avons dit qu'il était à la fois dépourvu de nouveauté et confirmé par l'expérience. Ce qui constitue un dernier, et tout concret, avantage destiné à faciliter l'insertion d'un tel *principe* de solution dans le droit positif, en particulier français.

Le principe du renvoi, bien que contesté encore de nos jours (79),

(78) En ce sens que le renvoi rend les mêmes services que les doctrines visant à l'abandon de la règle de conflit du for, cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. I, n° 322, p. 386, citant le célèbre exemple de Raape (mariage de l'oncle et de la nièce suisses à Moscou).

(79) Il est toujours refusé par le droit italien ; la doctrine comme la *Common Law* anglaises paraissent s'en détacher (cf. GRAVESON, « Le renvoi dans le droit

trouve dans la jurisprudence une consécration bientôt centenaire. Quant à la doctrine, elle ne se contente pas de l'admettre comme un principe acquis, mais trouve encore des accents nouveaux pour défendre sa solution. Ainsi, M. Derruppé démontre que « si le renvoi n'est pas une solution nécessaire, [il] est peut-être une solution utile qui se justifie par ses résultats heureux ».

Cet auteur, au cours d'une communication au Comité Français de droit international privé intitulée de façon significative « *Plaidoyer pour le renvoi* », a apporté certains arguments décisifs qu'il nous semble nécessaire de reprendre ici rapidement, puisqu'aussi bien ils appuient par voie de conséquence notre solution.

M. Derruppé soutient, en premier lieu, que le renvoi ne se heurte pas à une « impossibilité logique » (80). A la question essentielle de savoir « ... si la règle de conflit du for peut légitimement contenir cet ordre de consulter, voire d'appliquer le droit international étranger sans être en contradiction avec elle-même, sans se renier », M. Derruppé répond affirmativement en s'appuyant sur deux idées : l'idée de la relativité des rattachements et l'idée du nécessaire sacrifice des particularismes nationaux. Il en conclut que le renvoi paraît possible, et plus précisément — ce qui nous intéresse — le « renvoi-délégation ». Ce dernier peut, selon lui, apparaître comme une *règle générale* des conflits de lois, c'est-à-dire « comme une *règle d'application étendue qui complètera le rôle et la fonction de la règle de conflit* ».

M. Derruppé examine, en un second temps, les motifs qui font du renvoi une solution utile. Il en voit deux : l'harmonie des solutions, d'abord, qui se réalisera essentiellement avec le « renvoi-délégation » au second degré, et surtout la coordination des systèmes en conflit puisque, grâce à lui, « chaque règle de conflit conserve son rôle ». Aussi bien l'orateur conclut-il à la nécessité de donner au renvoi une assise très large.

Notre démarche ne consiste précisément qu'à réaliser une généralisation du principe du renvoi. Cette solution nous apparaît comme étant le maximum de concessions que l'on puisse faire aux exigences de la société internationale et aux courants doctrinaux d'inspiration nouvelle qui ne considèrent que cette dernière.

§ 2. — Réserves à formuler

445. — Notre solution nous semble, logiquement, plus satisfaisante. Elle est susceptible de réaliser par elle-même — comme

anglais actuel », *Revue*, 1968.259). Le projet Benelux le rejette par principe, bien qu'il en consacre des applications. La pratique internationale semble toutefois de mieux en mieux disposée à en user : cf. de WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Revue*, 1968, p. 580.

(80) Communication du 20 avril 1966, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 181 et s.

nous le souhaitions — une synthèse des conflits de systèmes, du moins doit-elle la provoquer. De plus, apportant un élément novateur mais non choquant eu égard aux habitudes de raisonnement de la pratique judiciaire ou autre, elle présente l'aspect d'une étape de transition acceptable, qui est, en outre, la seule réellement praticable.

Ses limites ne doivent cependant pas être ignorées ; elles nous apparaissent de deux sortes.

Il faut tout d'abord rappeler qu'on opposera nécessairement à notre solution certains des arguments que l'on dresse encore contre la théorie du renvoi.

On lui reprochera notamment de ne pas assurer une identité des solutions des systèmes de conflit. A cela, on répondra qu'un tel but est excessif dans son ampleur. Et l'on dira avec M. Derruppé — auquel nous avons déjà tant emprunté — que le résultat atteint, plus modeste peut-être, est loin d'être négligeable : ce résultat est le fait que les règles de conflit en présence se sont coordonnées au lieu de s'ignorer.

Ceci évoque une critique d'ordre plus pratique et que nous avons nous-même soulevée : la difficulté qu'il y a à connaître et faire application des règles de conflit étrangères que la règle de conflit du for se doit de ne plus « ignorer ». Cette difficulté nous paraît inhérente à la recherche d'une coordination des systèmes juridiques de sorte qu'on ne peut actuellement accepter l'une en rejetant l'autre. Mais elle n'est peut-être que temporaire dans un monde qui sans cesse se mieux connaît. Il y a là une tâche qui est dévolue à la doctrine dont le premier effort en vue de coordonner les systèmes juridiques devrait être de simplifier et codifier son propre système de conflit afin d'en faciliter l'accès.

446. — Enfin, la question du domaine du renvoi lui-même étant controversée, on se posera le problème des limites naturelles qui semblent devoir s'opposer à la généralisation du système proposé.

A propos du renvoi, M. Batiffol (81) préconise d'exclure le renvoi là où il est malencontreux ou impraticable. Le renvoi est d'abord impraticable lorsqu'il conduit à un « cercle vicieux » : les efforts de coordination ayant échoué, force est d'en revenir à l'application pure et simple de la règle de conflit du for. Mais aussi, de l'avis de P. Lerebours-Pigeonnière et de M. Batiffol, il est malencontreux de l'appliquer en certains domaines : domaine des contrats (et de la « loi d'autonomie »), domaine des questions de forme (et de la règle *locus regit actum*).

Ne doit-il pas en aller de même de notre solution ? Ces limites nous paraissent appeler une certaine circonspection. La première semble bien procéder d'une impossibilité pratique de procéder autrement ; elle est donc fort acceptable.

(81) *Principes de droit international privé*, préc., p. 479 et s.

Quant à celles qui ont égard à la considération de la matière, les repousser serait aller à l'encontre du sens bien établi des règles régissant les questions de contrats ou de forme des actes. Pour ce qui est des contrats, nous avons vu cependant qu'il y aurait lieu d'opérer une distinction, selon que la loi applicable résulte d'une désignation expresse des parties ou bien d'un véritable règlement conflictuel (82) : dans ce dernier cas, nous n'avons vu aucun obstacle s'élever à l'application du renvoi, si ce n'est la résistance d'une partie de la doctrine. Faut-il voir dans cette résistance une « hostilité plus large mais latente vis-à-vis du renvoi généralisé » (83) ou bien la manifestation du malaise que l'on éprouve à analyser en un règlement conflictuel ce qui n'est autre qu'une norme du droit international matériel méconnue ?

Cette seconde explication ferait mieux comprendre que le même phénomène d'hostilité se produise en matière de forme des actes : la jurisprudence n'est-elle pas en passe, là encore, d'affirmer une règle matérielle — celle de la liberté du choix de la forme des contrats internationaux — de droit international ? Il va de soi que le renvoi cesse d'avoir cours là où il n'y a plus de règle de conflit.

Ne va-t-on pas nous objecter que l'admission d'exceptions ruine le principe en mettant en cause la prévisibilité des solutions ? Nous répondrons, avec M. Batiffol, que « écarter un principe en invoquant la seule singularité du cas est mettre en cause le principe même et plus précisément jeter le doute sur le point de savoir s'il subsiste ou non. Lui apporter au contraire une exception définie ne porte pas atteinte au moins à la prévisibilité, si l'exception est définie convenablement ».



447. — Nous ne reconnaissons, ainsi, valeur à la règle de conflit étrangère qu'après avoir mis en œuvre notre propre règle de conflit. C'est donc doter cette dernière d'un rôle fort important dans la résolution des conflits de systèmes — ou plutôt leur atténuation car nous ne croyons guère à leur disparition, si ce n'est sur l'initiative du législateur international —, rôle que prétendent lui refuser les diverses tendances doctrinales que nous avons ainsi rencontrées. Celles-ci, nous l'avons vu, n'ont guère manifesté leur influence sur le droit positif, et ce n'est que justice, car elles n'échappent au reproche de l'extrême complication que pour mériter celui de laxisme, complexité et laxisme qui sont tour à tour leur caractéristique essentielle.

Le juge saisi d'un litige présentant un élément d'extranéité possède un corps de normes destinées à s'appliquer à une telle hypothèse. Le juge doit l'utiliser sous réserve de tenter sa conciliation avec les autres corps normatifs amenés à entrer en contact avec lui.

(82) Voir *supra*, nos 301 et s.

(83) P. FRANCESCAKIS à la *Revue*, 1971, p. 491.

La question est autre de savoir si, lorsqu'il est saisi d'une instance en exequatur ou en vérification de validité d'un jugement étranger, et non plus d'une instance directe, ce juge doit toujours faire prévaloir sa propre règle de conflit, ou s'il ne doit pas dès lors respecter inconditionnellement la règle de conflit étrangère ayant présidé à la solution du litige qui n'est à présent porté devant lui que par le biais de la demande d'exécution ou de reconnaissance.

* * *

TITRE II

EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

448. — L'arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1964, en affirmant que « *l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit* » était une des cinq conditions requises pour que soit reconnue en France la régularité d'une décision étrangère, a consacré de nouveau et sans ambiguïté le rôle très particulier qu'est amenée à jouer, en matière d'effets des jugements étrangers, la règle de conflit du for.

Le juge français n'accordera donc l'exequatur qu'à la décision étrangère qui, au fond, a appliqué la loi compétente en vertu du règlement français de conflit : il importe peu à cet égard que la loi appliquée eût été désignée, ou non, par le propre droit international privé du juge étranger saisi directement du litige.

Cette nécessaire conformité (1) n'est pas propre au droit de l'exequatur : elle prend également place dans le cadre du contrôle exercé sur les jugements rendus en matière d'état et de capacité des personnes — lors d'actions en opposabilité ou en inopposabilité — et est une condition essentielle de la régularité des droits acquis à l'étranger. Par ailleurs, elle intéresse les jugements étrangers comme les actes publics étrangers (2), mais non les sentences arbitrales « étrangères » (3).

449. — L'affirmation de principe de l'arrêt *Munzer*, que nous venons ainsi de rappeler, ne peut être séparée de son contexte. Cette décision (4) fait essentiellement un double apport, en proscrivant pour l'avenir le pouvoir de révision au fond du juge de l'exequatur.

(1) Sous réserve de l'atténuation que représente l'équivalence : voir *infra*, n° 495.

(2) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 716.

(3) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *id.*, n° 715. — Voir *supra*, n° 247.

(4) *Revue*, 1964.344, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1964.302, note B. Goldman ; *J.C.P.*, 1964.II.13590, note M. Ancel.

quatur, en définissant corrélativement les cinq conditions dont « la vérification... constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère ». De ces cinq conditions, deux sont étroitement liées au contrôle de la loi appliquée au fond : il s'agit de la « conformité à l'ordre public international » et de « l'absence de toute fraude à la loi ».

Plus que par cette nécessaire liaison, la doctrine a été frappée par la disparition, qu'elle souhaitait, du pouvoir de révision. Et, redoutant d'ouvrir des « fenêtres » par lesquelles « pourrait rentrer — timidement sans doute pour commencer — le pouvoir de révision que l'on aura si solennellement chassé par la porte » (5), elle a grossi de cette exclusion son réquisitoire contre le système de contrôle de la compétence législative.

Les auteurs sont nombreux, en effet, qui se sont élevés contre ce contrôle « dépourvu de tout fondement logique, absurde et injuste dans ses conséquences » (6), si bien que l'on peut dire que, de façon générale, la doctrine contemporaine lui est défavorable, regrettant amèrement l'affirmation sans équivoque de l'arrêt *Munzer* (7).

450. — On pourrait à première vue s'étonner que la contestation suive de si près la naissance — qui, nous le verrons (8), n'est pas très ancienne — de cette exigence dans le système français. Il paraît pourtant déjà, ce contrôle, comme un « reliquat anachronique... d'un nationalisme juridique aujourd'hui complètement désuet » (9). Comment pouvait-il en être autrement aux yeux de tous ceux qui, même hors l'existence d'un jugement étranger, n'hésitent pas à jeter par dessus bord les exigences du droit international privé du for pour leur préférer celles des systèmes étrangers ? Les diverses tendances, que nous avons rencontrées (10), destinées à limiter l'applicabilité des normes conflictuelles du for lors même qu'il

(5) B. GOLDMAN, note préc. au *Clunet*, 1964, p. 307.

(6) J. D. BREDIN, note au *Clunet*, 1964, p. 815-816.

(7) En ce sens : J. D. BREDIN, note préc., et sa communication au Comité français de Droit international privé le 16 décembre 1964 : « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 19 et s. Sont également défavorables à ce contrôle, au moins sous sa forme actuelle dépourvue, semble-t-il, de nuances : MM. G. HOLLEAUX (note à la *Revue*, 1963, 113, spéc. p. 116) ; Y. LOUSSOUARN (observations lors de la séance susmentionnée du Comité français de Droit international privé) ; P. LOUIS-LUCAS (*J.C.P.*, 1958.II.10701) et B. GOLDMAN (note préc. sous l'arrêt *Munzer*). Voir cependant, *contra* : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n° 726 (dans la troisième édition de son *Traité*, M. Batiffol dressait une liste assez importante d'auteurs « généralement favorables » à ce contrôle. Lors de sa dernière édition, il note que « les auteurs français lui ont été longtemps favorables » : ceci tend à démontrer que le mouvement de contestation est assez récent).

(8) Voir *infra*, n°s 452 et s.

(9) G. HOLLEAUX, *Revue*, 1963, p. 116, note préc. sous l'arrêt *Lambrino*.

(10) Cf. *supra*, n°s 368 et s.

s'agissait de créer, dans ce for même, des droits, imprègnent jusqu'à présent très peu le droit positif. Mais ne doivent-elles pas triompher, s'agissant cette fois de *droits créés à l'étranger* au moyen d'un jugement ? N'auront-elles pas aisément raison de cet impérialisme de nos règles de conflit qui fait de nous les « redresseurs de torts » des systèmes étrangers, alors même que les éléments du litige soumis au juge étranger ne présentaient aucun lien avec le for français ? (11).

On a donc proposé, à tout le moins, de réduire cette exigence et, dans le sens de ces tendances, de réserver le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger « aux seuls cas où la loi française a vocation à régir le litige » (12), cette vocation étant le signe du lien existant entre le procès qui s'est déroulé à l'étranger, et le système français, lien qui justifie le droit de regard de ce dernier.

D'autres auteurs sensibles surtout, semble-t-il, à l'isolement que procure au système français, comparé aux autres moins exigeants, cette condition du contrôle de régularité, soucieux également de réserver les fraudes dans les cas les plus graves, ont pensé pouvoir trouver dans une distinction entre les matières, patrimoniales ou extra-patrimoniales, une atténuation à la rigueur du système qui est le nôtre.

Il semble cependant que ces diverses réserves proposées représentent davantage, dans l'esprit de leurs partisans, une étape intermédiaire vers la suppression de tout contrôle de ce chef qu'une solution définitive. A la veille d'une codification du droit international privé, il est donc impossible de ne pas prendre parti sur la nécessité de la suppression, ou, à l'inverse, du maintien de ce contrôle. Nous ne le ferons qu'après avoir, dans une première étape, retracé les origines de cette règle du droit positif français dont nous tenterons également, et surtout, d'évaluer le prétendu particularisme. Ceci équivaudra donc à nous demander si le contrôle de la loi appliquée est le fruit d'une évolution propre au droit français (Chap. I) et si, en toute hypothèse, il doit en être le terme (Chap. II).

(11) Voir, en ce sens, P. FRANCESCAKIS, « Remarques sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (A l'occasion de l'arrêt Lambrino) », *J.C.P.*, 1964.I.1813, spéc. n° 42.

(12) G. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 116.

CHAPITRE I

LE CONTROLE DE LA LOI APPLIQUÉE FRUIT D'UNE ÉVOLUTION PROPRE AU DROIT FRANÇAIS

451. — Il paraît nécessaire, pour apprécier cette exigence, de la replacer d'une part dans un cadre à la fois historique et évolutif par référence à notre propre système, d'autre part dans un cadre comparatif, par rapport aux systèmes étrangers.

SECTION I

L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS

§ 1. — Les origines du contrôle de la loi appliquée

452. — Ces origines remontent au ^{xix}^e siècle, tout précédent historique étant absent, tant de l'Ancien Droit que du droit intermédiaire.

453. — 1^o L'explication en est aisée, puisque l'*Ancien Droit* ignorait les jugements étrangers, réservant les *pareatis* — ou autorisations d'exécuter — aux jugements rendus de province à province. La très célèbre Ordonnance de 1629 semblait donc consacrer la tradition en déclarant (art. 121) que : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume ; ainsi tiendront les contrats lieu de simple promesse et nonobstant les jugements *nos sujets contre lesquels* ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers ».

Il est à remarquer toutefois que ce texte semble établir une

distinction, en n'excluant du bénéfice de l'exécution en France que les jugements rendus à l'étranger *contre* des sujets français. Quoi qu'il en soit du sens de cette disposition — qui reste aujourd'hui douteux et fort mal connu —, les auteurs de la fin de l'Ancien Régime affirment qu'il y a lieu de distinguer. Seuls les jugements étrangers rendus au détriment de Français seraient soumis à l'exclusive de l'Ordonnance de 1629. Au contraire, les jugements rendus en faveur de Français seraient exécutoires en France sur simples *pareatis*, moyennant un droit de finances, à l'exclusion de tout contrôle (1). Donc, refus d'exécution d'une part; absence de tout contrôle d'autre part.

Chose surprenante, ce régime va survivre à la Révolution et franchir les étapes du droit intermédiaire et de la promulgation du Code civil sans modification aucune. Mais il est vrai que les Codes napoléoniens ne réglementent pas à proprement parler la matière (2).

454. — 2° C'est seulement quinze années plus tard que la Cour de cassation, le 18 avril 1819 (3), estimant que : « Le Code civil et « le Code de procédure civile ne font aucune distinction entre les « divers jugements rendus en pays étranger et permettent au juge de « les déclarer tous exécutoires », décide de soumettre à examen du juge de l'exequatur tous les jugements étrangers présentés en France sans exception (4). La Cour de cassation donne alors aux juges du fond saisis d'une demande d'exequatur « une compétence générale pour réviser la sentence des juges étrangers » (5).

C'est le système de la « *révision* », de fait et de droit, qui s'instaure, permettant au juge français de refuser l'exequatur dès qu'il lui paraît qu'un point de fait ou de droit a été mal jugé. De cette révision, les conditions du *contrôle de régularité* de la décision étrangère

(1) Sur ces auteurs, cf. le mémoire de Mme H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, P.U.F., 1964.

(2) L'art. 546 du C. proc. civ. se borne à déclarer que « les jugements rendus par des tribunaux étrangers... ne seront susceptibles d'exécution, en France, que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du Code civil », textes relatifs aux hypothèques dans lesquels on trouve la seule indication que « les décisions judiciaires rendues en pays étrangers » doivent être « déclarées exécutoires par un tribunal français ».

Il appartenait donc à la jurisprudence d'élaborer entièrement ce droit de l'exequatur et, plus généralement, les principes gouvernant la reconnaissance, en France, des jugements étrangers.

(3) *Holker*, S., 1819.1.228.

(4) La distinction ainsi abolie demeurera encore longtemps vivante dans l'esprit des juges, sous la forme d'un préjugé défavorable aux jugements étrangers condamnant des Français. Ainsi, l'arrêt *Hess* (Cass. civ., 14 janv. 1901, D.P., 1901.1.252) énonce que « les décisions judiciaires rendues contre un Français « au profit d'un étranger, par un tribunal étranger, sont soumises, quand l'exécution en est demandée en France, à la révision des tribunaux français... ». Voir, encore plus tardivement, Colmar, 24 mars 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.12.

(5) Cass. civ., 21 août 1882 : *Gaz. Pal.*, 1883.1.25.

sont mal distinguées, mais vont peu à peu apparaître au cours du XIX^e siècle.

L'attention des juges se porte alors essentiellement — et la situation n'est aujourd'hui guère différente — sur la compétence du juge étranger qui a statué et la régularité de la procédure suivie à l'étranger. De façon plus ou moins consciencieuse, cependant, et souvent sous le couvert de l'*ordre public* on s'attache également à relever la loi qui a été appliquée au fond pour en déduire, avant la lettre, l'existence de droits régulièrement acquis à l'étranger (6).

455. — 3^o Les tribunaux avaient ainsi senti confusément l'importance de cet élément, mais il faut l'influence d'un *Bartin* pour leur donner l'impulsion définitive.

Bartin prétend tirer de cette jurisprudence peu claire (7) la règle selon laquelle « le jugement étranger, dans le système du contrôle, abstraction faite de toute révision au fond, ne saurait obtenir l'exequatur en France, et plus généralement produire des effets internationaux en France, que si la solution qu'il a donnée au litige s'accorde avec le système du conflit des lois que le juge français lui aurait appliqué s'il en avait été lui-même directement saisi ».

Il faudra attendre 1945 pour voir la Cour de cassation consacrer expressément et sans ambiguïté cette exigence (8).

Bartin a dégagé cette condition de la gangue de l'*ordre public* international, qu'il comprend comme « la nécessité du respect de la souveraineté de la France sur le territoire français où les effets de ce jugement se produiront ». Or le système français de solution des conflits de lois « est l'expression française de la souveraineté de la France en matière de législation » (9).

A cette raison d'ordre purement théorique, et qui s'inscrit bien dans le cadre de sa doctrine nationaliste, Martin ajoute un argument issu d'une comparaison, argument qui peut paraître aujourd'hui très faible, mais qui complète, dans l'esprit de l'auteur, la démonstration.

(6) On peut interpréter en ce sens les arrêts *Bulkley* : Cass., 28 févr. 1860, D.P., 1860.1.57, et de *Wrede* : Cass., 9 mai 1900, D.P., 1905.1.101. Ce dernier, qui tente une énumération des conditions de régularité requises des jugements étrangers, n'y inclut cependant pas le contrôle de la loi applicable. L'ordre public, nous le verrons par ailleurs, est encore la forme sous laquelle s'extériorise un certain contrôle de la loi appliquée dans les pays qui prétendent le rejeter (cf. *infra*, n^{os} 470 et s.). Le lien entre les deux notions apparaît donc, sinon logiquement, du moins historiquement et pratiquement, réel (sur les conséquences, cf. *infra*, n^o 505).

(7) *Principes de droit international privé*, t. I, 1931, § 211, p. 572 et s.

(8) Civ., 11 avr. 1945 (*Bach*) et 1^{er} mai 1945 (*Schabel*), D., 1945.J.245, note P. Lerebours-Pigeonnière ; S., 1945.1.121, note H. Batiffol ; J.C.P., 1945.II.2895, note Savatier ; *Clunet*, 1940-1945, p. 596, note Tenger.

(9) *Op. cit.*, p. 573. — Cpr. avec la formule de M. BATIFFOL, « La jurisprudence française ne prétend pas, comme on le lui reproche, imposer aux juges étrangers le droit international privé français, elle refuse simplement de laisser jouer en France le droit international privé étranger » (*Traité*, 5^e éd., t. II, n^o 726, p. 439).

Tous s'accordent, dit-il, à reconnaître que l'octroi de l'exequatur est subordonné à l'application par le juge étranger de ses propres règles de procédure. C'est donc un cas où l'on exige que le juge étranger ait appliqué au litige la loi désignée par notre système de conflit : « Pourquoi donc en serait-il autrement sur le fond, en dehors de la procédure, sur tous les autres points sur lesquels il y a, pour le juge français, une loi normalement applicable ? » (10).

Le respect des règles françaises en matière de procédure implique en bonne logique, selon Martin, le respect de ces mêmes règles quant au fond.

Nous avons ainsi vu quand (fin du xix^e, début du xx^e siècle), comment (essentiellement sous l'influence doctrinale) et pourquoi (la défense de l'ordre juridique français), ce contrôle est né. Il va se développer au cours du xx^e siècle.

§ 2. — Développement et état actuel du contrôle

A. — DÉVELOPPEMENT ET PRINCIPAUX TRAITS.

456. — La jurisprudence a adhéré sans hésitation à cette doctrine. C'est en 1945 que la Cour de cassation la consacre expressément pour la première fois. Mais certains arrêts antérieurs, notamment l'arrêt *Drichemont* du 29 juillet 1929 (11), le laissaient pressentir.

Le principe est nettement énoncé après 1945, principalement par les trois célèbres arrêts *Weiller* (12), *Renoir* (13) et *Rivière* (14). Il a ensuite figuré de façon plus ou moins implicite dans la jurisprudence de la Cour de cassation (15) dont l'arrêt *Munzer* n'est que la dernière et éclatante confirmation.

Les juges du fond — tribunaux et cours d'appel — se sont pliés d'autant plus volontiers à ce contrôle que leur jurisprudence en ce sens était antérieure à celle de la Cour de cassation, malgré une certaine confusion initiale avec l'exception d'ordre public (16).

(10) *Op. cit.*, p. 579.

(11) D.A., 1929.458.

(12) Cass. civ., 22 janv. 1951, *Revue*, 1951.167, note P. Francescakis, sur une demande en inopposabilité.

(13) Cass. civ., 19 févr. 1952, S., 1952.201, note Tallon.

(14) Cass. civ., 17 avr. 1953, *Revue*, 1953.412, note H. Batiffol.

(15) Arrêts *Figué* : Cass., 17 juin 1958, *Revue*, 1958.736, note P. Francescakis, et *Lambrino* ; Cass., 8 janv. 1963, *Revue*, 1963.109.

(16) Voir, outre les décisions citées par Martin, Trib. civ. Grenoble, 1^{er} déc. 1920, *Gaz. Pal.*, 1921.1.214 et Trib. civ. Seine, 6 avr. 1922, *Gaz. Trib.*, 31 mai 1922. Une telle confusion peut encore se produire, comme en témoignent diverses décisions du Tribunal de grande instance de Paris, refusant effet en France au jugement (« non valable comme étant contraire à l'ordre public ») espagnol ayant prononcé la nullité pour vice de forme, eu égard à la loi espagnole, du

On ne relève à proprement parler, et à la différence de ce qui se passe pour la révision (17), ni résistance ni jurisprudence dissidente. Peu importe qu'il s'agisse au fond de loi française ou étrangère.

457. — Sous quels aspects le contrôle de la compétence législative se présente-t-il aujourd'hui ?

Il est formulé comme un *principe d'application générale*, susceptible de concerner toutes les matières (18) faisant l'objet du règlement des conflits de lois. En réalité, l'étude de la jurisprudence prouve qu'il n'a d'importance réelle qu'en matière d'état et de capacité des personnes (19). C'est un point important, que tous s'accordent à reconnaître mais ne soulignent pas assez.

A cet égard, la distinction entre litiges d'ordre patrimonial et autres — marquée autrefois par l'exclusion de la révision pour les jugements d'état et de capacité — tend à prendre une importance nouvelle (20). M. Bellet estime qu'un tel contrôle se révèle le plus souvent impossible en matière contractuelle. Mais, surtout, il faut remarquer que c'est en matière d'état et de capacité des personnes que l'on trouve les divergences les plus remarquables entre normes juridiques, et qu'un contrôle, donc, semble nécessaire.

458. — Ce contrôle de la compétence législative est entendu comme devant normalement s'étendre à la vérification de l'*application* qui a été *réellement* faite de la loi formellement applicable.

On a fait remarquer, en ce sens, que l'absence d'une telle sévérité ruinerait le principe, puisqu'il suffirait alors que le jugement étranger ait mentionné la loi qui convenait pour échapper à la censure.

Il semblerait, toutefois, qu'il y ait lieu de distinguer entre la dénaturation ouverte, seule censurée, et la fausse interprétation de la loi compétente qui ne peut être corrigée sous peine de révision (21), sauf peut-être, selon la suggestion doctrinale, si c'est la loi française qui est applicable au fond (22).

mariage contracté civilement en France par deux Espagnols : Trib. gr. inst. Paris, 4^e Ch., 22 janv. 1969, *Gaz. Pal.*, 1969.1.239, entre autres. Le recours à l'ordre public peut devenir habituel dans le cadre d'une suppression du contrôle de la loi appliquée : cf. *infra*, n° 505.

(17) Révision sévèrement critiquée, après une indifférence prolongée de la jurisprudence, et sous l'impulsion essentielle de M. le Conseiller Holleaux, par les arrêts de la Cour de Paris : 21 oct. 1955, D., 1956.61 ; *Revue*, 1955.769, note Batiffol (le plus célèbre et le premier : arrêt *Charr*), 2 févr. 1961, *Revue*, 1961.566, 9 févr. 1962, *Revue*, 1963.81, note Gavalda.

(18) L'arrêt *Munzer* écarte explicitement toute distinction fondée sur la matière. Cf. *supra*, n° 449.

(19) Voir *infra*, n° 485.

(20) En ce sens, P. BELLET, obs. aux *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1967, p. 19 et s., et sa communication au même Comité : « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1965, p. 251 et s.

(21) En ce sens : Poitiers, 13 déc. 1967, *Loesch, Revue*, 1969.94, note P. L.

(22) Note P. Lagarde, *Revue*, 1966, p. 296.

459. — On enseigne traditionnellement qu'une telle sévérité est tempérée par la notion d'*équivalence*. Le juge de l'exequatur pardonnera le défaut de compétence de la loi réellement appliquée si ses dispositions sont équivalentes à celles de la loi à ses yeux applicable : « l'admission de l'équivalence incite... à l'indifférence envers les critères exclusivement formels, à ne s'attacher qu'à la substance de la règle » (23).

Cette règle habituellement présentée comme une exception a été tirée par la doctrine de l'arrêt *Drichemont* (24) et entérinée par la jurisprudence. Elle connaît même chez cette dernière un vif succès, puisque — selon M. le président Bellet (25) — elle sauve un jugement sur deux, étant principalement utilisée en matière de divorce.

La comparaison d'où l'on tire l'équivalence salvatrice peut être établie aussi bien entre loi française et loi étrangère (26), qu'entre deux lois étrangères (27). Ce serait donc une *exception générale* apportée à une règle elle-même générale.

Il est cependant notable que la Cour de cassation ne l'ait pas expressément consacrée depuis l'arrêt *Drichemont* — dont le sens peut être discuté — et y ait même paru hostile (28). Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler à cet égard que l'arrêt *Drichemont* n'avait admis l'équivalence des lois que sous le couvert du pouvoir de révision — postérieurement les deux questions, au moins pour certains, demeureront liées.

Avant de comparer ce système français aux systèmes connus en certains pays étrangers, il paraît nécessaire de faire ici place aux critiques que ce contrôle a appelées et même de se demander si, sous la pression de ces critiques, une telle exigence n'est pas en voie de disparition.

B. — ETAT ACTUEL DU CONTRÔLE.

460. — Les critiques adressées à notre système se font actuellement pressantes et connaissent, paradoxalement, un regain d'énergie depuis l'arrêt *Munzer*.

(23) P. MALAURIE, *L'équivalence en droit international privé*, D., 1962, Chron. p. 215.

(24) Cass. civ., 29 juill. 1929, préc.

(25) Voir la communication préc. : « La jurisprudence du Tribunal de la Seine... » et les décisions, souvent inédites, de ce tribunal citées en référence.

(26) Paris, 6 juin 1958, *Cruheras Teran*, *Clunet*, 1959.831.

(27) Paris, 4 févr. 1958, *Lundwall*, *J.C.P.*, 1958.II.10612, note P. Francescakis ; *Clunet*, 1958.1016, note A. Ponsard ; *Revue*, 1958.389, note H. Batiffol.

(28) L'arrêt *Lewandowski*, Cass., 15 mars 1955, *Revue*, 1955.320, note H. Batiffol, a pu être interprété en ce sens. Mais, en sens contraire, on se demande si, dans l'arrêt récent dont nous aurons l'occasion de parler bientôt (Cass. civ., 10 mars 1969, *Buter c. Hefty*, *Revue*, 1970.114, note H. Batiffol), la Cour suprême n'a pas fait, implicitement du moins, référence à une équivalence qui se trouvait en fait acquise, entre les dispositions suisses et françaises relatives au divorce : voir, en ce sens, la note préc. de M. Batiffol, p. 122.

De façon générale, on estime que le point essentiel est de contrôler si le juge étranger était bien compétent pour statuer. A partir de là, comme il est évident que le juge étranger ne peut appliquer que sa propre règle de conflit, on admet nécessairement la compétence de la loi qu'il a déclarée applicable au litige. C'est — dit-on — affaire de logique.

Aussi désire-t-on donner une place beaucoup plus étendue à la règle de conflit étrangère, sans toujours bien voir que, par là-même, on abandonnerait tout contrôle de la loi appliquée : pourrions-nous faire de nos tribunaux les censeurs des juges étrangers dans l'interprétation et l'application qu'ils ont faites de leur propre système de conflit de lois ?

Sans aller aussi loin, une autre approche du problème consiste à limiter le domaine de la règle de conflit du juge de l'exequatur. Celle-ci serait, en effet, exclue dans deux hypothèses. Soit — par emprunt à la théorie dégagée par M. Francescakis pour les actions directes en France — lorsque le litige n'avait, au moment où il a été jugé au fond, *aucun point de rattachement avec l'ordre juridique français* (29). Soit encore lorsque la loi française n'était pas compétente au fond (30). Il faut voir là, en réalité, les deux faces d'une même solution : la règle de conflit française n'a pas à intervenir lorsque l'ordre juridique français n'est pas directement concerné. Ces thèses proposeront donc, pratiquement, au pis-aller, une restriction du contrôle de la loi appliquée aux cas où cette loi eût dû être la loi française (31).

461. — Il faut également citer, parmi ces tendances restrictives, le très personnel système de compromis proposé par Mme D. Alexandre (32), qui repose sur une étroite liaison établie entre compétence du juge étranger et compétence de la loi appliquée.

Selon cette thèse, il faudrait distinguer deux cas. Dans le premier cas, la compétence du juge étranger a été établie (et même d'après ses propres règles de conflit de juridictions) ; il s'ensuit qu'on lui reconnaît la faculté d'appliquer sa propre règle de conflit, l'ordre juridique français n'étant pas par hypothèse (hypothèse qui ne repose sur rien) suffisamment concerné. A cela une exception, qui ne se fonde sur aucun argument logique : ce système n'est valable que si notre règle de conflit ne prévoit pas l'application au fond de

(29) En ce sens, J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, thèse, Paris, 1964, n° 403 ; B. GOLDMAN, note préc. sous l'arrêt *Munzer* ; P. LOUIS-LUCAS, note préc. sous l'arrêt *Figué* ; et, bien sûr, M. FRANCESCAKIS, « Remarques sur la reconnaissance... », préc., *J.C.P.*, 1964.I.1813 et *Rép. Dalloz Dr. intern.*, V° *Jugement étranger (matières civiles et commerciales)*, n° 227.

(30) En ce sens, voir les auteurs, préc., G. HOLLEAUX, Y. LOUSSOUARN, B. GOLDMAN.

(31) Pour la critique de ces opinions, cf. *infra*, n° 510.

(32) *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 215, nos 245 et s.

la loi française (d'où cette simplification qui oblige le juge à consulter, non pas une, mais deux règles de conflit !).

Dans le second cas, le tribunal étranger est incompétent à nos yeux, parce que nous établissons une compétence exclusive des juridictions françaises. Il serait alors possible — par une étrange équivalence établie entre compétence juridictionnelle et compétence législative — de sauver ce jugement rendu par une juridiction incompétente, si celle-ci a fait application de la loi compétente selon notre propre règle de conflit.

Ainsi, le contrôle exercé d'après *notre* droit international privé aurait une telle vertu salvatrice des jugements étrangers que cela expliquerait qu'après l'avoir critiqué on y revienne de façon aussi inopinée ! Ce système, selon l'auteur, traduirait (ou trahirait ?) le désir de faciliter l'obtention de l'exequatur.

462. — Quelles que soient les divergences entre les thèses ainsi proposées — sans omettre celle qui, plus proche de la pratique judiciaire, souhaite que le contrôle ne soit plus exercé qu'en matière « personnelle » — de nombreux auteurs espèrent un revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation, tout en reconnaissant que les termes de l'arrêt *Munzer* le rendent malaisé.

Ils estiment que, dans un but lointain de parfaite coopération judiciaire, il faut procéder par étapes : la première a été la suppression, en toutes matières, du pouvoir de révision ; la prochaine est appelée à être l'abandon du contrôle de la loi appliquée (33).

Aussi se sont-ils réjouis de l'arrêt *Bachir* (34), dans lequel ils ont cru voir un pas fait par la juridiction suprême dans le sens qu'ils souhaitent.

Cet arrêt a décidé que la condition de *régularité de la procédure* suivie devait s'apprécier uniquement par rapport à l'*ordre public international français* et au *respect des droits de la défense*, et non s'étendre à un contrôle de la régularité d'application de la loi de procédure étrangère.

On y a vu une précision apportée à l'arrêt *Munzer*, et une conséquence logique de la suppression du pouvoir de révision. Certains cependant, tels M. Goldman, sont restés dubitatifs sur le sens à lui donner, en se demandant s'il était possible d'aller plus loin et de « prévoir... que les tribunaux renonceraient également à contrôler le choix, par le juge étranger, de la loi appliquée au fond du litige » (35).

D'autres sont effectivement allés plus loin, et ont opéré le rapprochement qui s'imposait avec l'argument de Bartin, selon lequel le

(33) En ce sens : J. D. BREDIN, « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 19 et s.

(34) Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 1967, D., 1968.95, note Mezger ; *Revue*, 1968.98, note P. Lagarde ; *J.C.P.*, 1968.II.15634, note Sialelli ; *Clunet*, 1969.102, obs. Goldman.

(35) Note préc. au *Clunet*, 1969.

contrôle de la régularité de la procédure à l'étranger relève de la même idée que le contrôle de la loi appliquée au fond : « S'il en est ainsi — écrit M. P. Lagarde (36) — n'est-on pas logiquement conduit à penser que l'abandon de la condition de régularité, selon la loi étrangère, de la procédure suivie à l'étranger mène tout droit à l'abandon de la vérification de la loi appliquée au fond ? ».

Nous ne saurions accepter ces déductions. L'arrêt *Bachir* est très explicable : la compétence de la loi du for, en matière de procédure, est une règle de conflit si universellement reconnue que c'est à peine si elle mérite le nom de règle de conflit. Il semble d'autre part difficile au juge de l'exequatur de contrôler l'application qu'en a faite le juge habitué à la manier quotidiennement ; il n'en tirerait intérêt qu'en s'instituant juge d'appel ou de cassation de son collègue étranger (37). Quant à l'argumentation de Martin, elle était singulièrement plus riche, et ce dernier motif que l'on isole volontairement des autres n'était pour lui qu'accessoire, fait pour enlever, ainsi qu'il l'exprimait, la conviction des « juris-consultes » de son temps.

463. — Un arrêt postérieur à l'arrêt *Bachir*, qui a jusqu'à présent provoqué beaucoup moins de commentaires — mais les grands espoirs sont muets ? — ne laisse pas d'être plus inquiétant pour le maintien du contrôle de la loi appliquée. Cet arrêt a été rendu par la *Cour de cassation* le 10 mars 1969, dans une affaire *Dame Butez c. Hefty* (38) ; il rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1965 qui avait accordé l'exequatur d'un jugement de divorce rendu par un tribunal suisse entre deux époux possédant la double nationalité suisse et française, sur la base de l'article 142 du Code civil suisse. Le pourvoi critiquant, entre autres moyens, cette application d'une loi étrangère au divorce de deux époux français, la loi française étant seule compétente au regard du règlement français de conflit de lois, la Cour de Cassation constate que la loi suisse « était compétente au regard du for régulièrement saisi, en raison de la nationalité suisse commune des époux... », en relevant que la Cour d'appel avait à bon droit admis la compétence du tribunal suisse et relevé que la femme avait, devant ce dernier, demandé l'application de la loi suisse.

Si la solution retenue pouvait en l'espèce se justifier, particulièrement sur la base du Traité franco-suisse de 1869 (39), il n'en

(36) Note préc. à la *Revue*, 1968, p. 103.

(37) Dans ce sens, la Cour de Paris, le 10 mars 1967, *Dame Charlemagne*, *Revue*, 1968.317, note Y. Loussouarn, relève que « le juge conciliateur de Pnom-Penh a fait application apparemment du droit du for, ce qui est conforme à « la loi française de conflit en matière de procédure », sans pousser plus avant son contrôle.

(38) *Revue*, 1970.114, note H. Batiffol.

(39) L'application de cette convention n'a cependant pas été mise en cause dans ce litige.

demeure pas moins que les termes de l'arrêt sont difficiles à interpréter : « Les commentateurs s'empareront sans doute de la formule... d'aucuns y verront la suppression du contrôle de la loi appliquée » (40).

464. — Cette décision ne paraît cependant nullement probante. Il est en effet remarquable qu'elle ne fasse écho à aucune des suggestions doctrinales que nous avons rappelées. D'une part, les époux ayant la nationalité française aussi bien que suisse, la première devant être déterminante aux yeux d'un juge français, on ne peut soutenir que ce divorce était dépourvu de liens avec l'ordre français, plus précisément que *la loi française* n'avait pas, en vertu de notre règle de conflit, vocation à s'appliquer. D'autre part, et pour répondre à une autre tendance, il s'agissait d'un divorce, donc d'une *matière d'état* dans laquelle il n'est pas de coutume d'abandonner le choix de la loi applicable aux parties au procès (41).

Il faudrait donc penser que, dans cette décision, la Cour suprême a entendu supprimer en totalité le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger (42) : « il serait insolite qu'un revirement de jurisprudence aussi considérable se soit exprimé dans des conditions aussi équivoques » (43) et, ajouterions-nous, de manière aussi brutale. Le contrôle de la loi appliquée n'est certes pas à l'abri d'un revirement de la jurisprudence. Aussi a-t-on vu que le pouvoir de révision, autrefois prôné par la Cour de Cassation, avait fait l'objet d'une condamnation définitive de la part des auteurs de l'arrêt *Munzer* (44). Mais encore faut-il rappeler que ce pouvoir faisait depuis plus de dix ans l'objet des critiques conjuguées de la doctrine et de la juris-

(40) H. BATIFFOL, note préc. sous la décision, *Revue*, 1970, p. 121.

(41) La Cour de cassation ne relève-t-elle pas, cependant, à la suite de la juridiction d'appel, que la dame Butez avait demandé l'application de la loi suisse ? Il serait surprenant, en tout cas en une telle matière, que l'accord des parties sur la loi applicable fasse obstacle au contrôle de la loi appliquée, de la part du juge de l'exequatur.

Il reste à signaler que la solution apportée par cet arrêt ne correspond pas davantage au système proposé par Mme Alexandre puisque, dans l'hypothèse où le tribunal étranger est compétent (ou regardé comme tel), Mme Alexandre n'admet le juge étranger à appliquer ses propres règles de conflit, et le juge de l'exequatur à enregistrer cette application, que sous réserve que notre droit international privé ne prévoie pas l'application de la loi française au fond (voir *supra*, n° 461).

(42) On peut également, et surtout à notre avis, le regarder comme un signe des difficultés que l'on éprouve à censurer le choix de la loi opéré par le juge étranger lorsque l'application de sa règle de conflit, substantiellement identique à la nôtre et exprimant donc une même vue des relations internationales, n'aboutit pas à la même désignation de la loi applicable au fond. Il en sera ainsi, notamment, lorsque la règle de rattachement, tant étrangère que française, donne compétence à la loi du *for*, celle-ci étant obligatoirement différente selon le *for* dont il s'agit.

(43) H. BATIFFOL, note préc., p. 121. Pour cet auteur, l'arrêt n'a pas « consciemment » remis en cause la question : *Traité*, 5^e éd., t. II, n° 726, note 34.

(44) Voir *supra*, n° 449.

prudence, et que son abandon fut annoncé par les termes de l'arrêt *Lambrino* (45). Il n'en est pas exactement ainsi pour le contrôle de la compétence législative.

Indépendamment de cet arrêt, qui paraît un accident, et dans l'attente de nouveaux développements — dont il est peut-être le signe précurseur — de la jurisprudence, on doit donc considérer que ce contrôle, ainsi qu'on l'enseigne, fait partie du droit positif français (46).

SECTION II

SOMMES-NOUS EN PRÉSENCE D'UNE ÉVOLUTION PROPRE AU DROIT FRANÇAIS ?

465. — On se plaît, en général, à souligner l'isolement total, le particularisme de notre exigence (47), qui apparaît comme douée d'un nationalisme qui n'a d'égal que son anachronisme.

On fait ressortir l'exemple privilégié des droits étrangers, sans oublier de rappeler que les conventions internationales éliminent un tel contrôle. Qu'en est-il de ces affirmations ?

§ 1. — L'isolement relatif du système français

466. — Trois groupes de droits étrangers possédant un système suffisamment élaboré de reconnaissance des jugements étrangers, peuvent en réalité être distingués.

Le premier est composé de ceux qui, modèle favori d'une certaine doctrine moderne, rejettent tout contrôle de la compétence législa-

(45) Cass. civ. 1^{re}, 8 janv. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13470, note P. Francescakis ; D., 1963.341, note Malaurie ; *Revue*, 1963.109, note G. Holleaux.

(46) Si le projet de codification du droit international privé de 1967, limité aux problèmes de conflits de lois, reste, par force, muet sur la question, le projet de 1959 contenait un *article XX*, aux termes duquel « l'exequatur est refusé au jugement qui n'a pas appliqué la loi compétente d'après les règles de conflits de lois », maintenant ainsi, en tous domaines, le principe qu'il tempérait par une équivalence des solutions résultant des lois applicables et appliquées (*al.* 3). Mais l'*alinéa* 2 de ce texte contenait une importante exception (que nous retrouverons : cf. *infra*, n° 509) prévoyant que, malgré le défaut de concordance aux règles françaises de conflit, l'exequatur serait cependant accordé « si la loi appliquée par le jugement étranger est celle que désignent les règles concordantes de conflit de lois des Etats avec lesquels la situation présentait lors de la décision des éléments de rattachement ».

(47) Voir P. FRANCESCAKIS, *Le renvoi...*, p. 150, n° 145 ; G. HOLLEAUX, note *Revue*, 1963.113 ; J. D. BREDIN, note *Clunet*, 1964, p. 817-818.

tive sous quelque forme que ce soit, en s'attachant principalement au respect de la compétence du juge et de la régularité de la procédure : ce sont essentiellement les *droits de common law* (48).

A l'opposé, certains droits — dont il est intéressant de noter qu'à la différence des précédents, et aussi du droit français, ils font l'objet de dispositions législatives — connaissent un semblable contrôle de la compétence législative, en l'enfermant dans certaines limites. C'est, entre autres, le cas du droit allemand, du droit polonais et du droit suédois.

Entre ces deux extrêmes, se situent un certain nombre de systèmes de caractère trompeur, dont on peut se demander si, malgré leur silence à ce sujet, ils ne contrôlent pas, indirectement, la compétence législative. Ce serait le cas de quelques-uns de nos voisins, tels que l'Italie ou la Belgique, et aussi celui de la Grèce.

Il semble nécessaire d'apporter quelques précisions en ce qui concerne les deux derniers groupes.

A. — SYSTÈMES CONNAISSANT UN CONTRÔLE LIMITÉ DE LA LOI APPLIQUÉE.

467. — Le droit *polonais* limite son exigence au contrôle de la réelle application du droit polonais dans les seules affaires où celui-ci se déclare compétent (49), l'équivalence étant cependant admise (50).

La jurisprudence *suédoise* exige des jugements étrangers relatifs au statut personnel que le tribunal étranger ait été compétent selon les règles du droit international privé suédois, et qu'il ait retenu la loi applicable selon les mêmes règles suédoises, pour leur reconnaissance en Suède (51).

Mais nous nous attacherons essentiellement au cas du droit allemand.

Le système *allemand* est original en ce sens que, s'il ne connaît pas en principe de contrôle de la loi appliquée, il l'admet cependant en certaines matières limitativement énumérées au § 328, *al.* 1, *n*° 3 ZPO. Ce sont certaines affaires extra-patrimoniales, soit les questions de validité de mariage, de divorce, de filiation légitime ou naturelle, d'adoption et de déclaration de décès.

Mais ce qui est plus particulier, c'est la condition supplémentaire posée à ce contrôle : la reconnaissance ne sera refusée au jugement étranger qui n'a pas appliqué la loi compétente que si le *plaideur*

(48) Fouad RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, Sirey, 1955.

(49) Art. 1146, § 1, p. 6, C. proc. civ. de 1964.

(50) Cf. JODŁOWSKI, « La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères en Pologne », *Clunet*, 1966.539.

(51) En ce sens, pour les effets d'un jugement français de divorce, sur le droit de garde des parents, cf. Cour suprême de Suède, 29 juin 1967, *Clunet*, 1971.650, obs. H. Eck.

allemand se trouve, de ce fait, dans une situation plus défavorable que celle qui eût résulté de l'application de la loi compétente au regard du droit allemand : le défaut reproché doit lui avoir porté préjudice.

Ce système semble simple et a paru inspirer certains auteurs français dans leur tentative de limitation du contrôle actuellement connu en France : n'aurions-nous pas le même système, au moins dans ses résultats, si nous bornions notre exigence au contrôle de la loi appliquée dans les matières d'état et de capacité, uniquement lorsque la loi française de fond est applicable ?

468. — La règle allemande est, en réalité, moins simple qu'il ne paraît et fait l'objet de controverses, non seulement sur son fondement mais encore sur la signification de ses termes (notion de préjudice à une partie allemande), et surtout sur son étendue (52).

C'est ce dernier point qui nous intéresse, car il n'est pas certain que le droit allemand limite son contrôle aux cas et conditions ci-dessus décrits.

En premier lieu, en effet, on a fait remarquer que le texte du § 328 ZPO était susceptible d'extension si on l'interprétait comme une règle bilatérale. Il a, certes, l'apparence d'une règle unilatérale, formulée à l'usage des seuls plaideurs allemands ; mais n'est-ce pas le cas de la plupart des dispositions introductives au BGB, qui ont cependant été bilatéralisées par la jurisprudence allemande (de même que l'article 3 du Code civil français par la jurisprudence française) ?

Le § 328 serait alors l'expression d'une règle plus générale — étendue au-delà du cas d'application prévu par le texte — quoique limitée à certaines matières (matières extra-patrimoniales) (53).

Cette interprétation nous rapprocherait considérablement du contrôle exercé en France qui, rappelons-le, est *pratiquement* limité aux matières d'état et de capacité des personnes.

469. — Plus intéressante, parce que moins doctrinale, est la seconde suggestion. On a fait observer que si, par principe, le droit allemand ne connaissait pas de contrôle de la loi appliquée dans les affaires patrimoniales, le § 328, al. 1, n° 4 ZPO serait susceptible d'entraîner un tel contrôle. Cette disposition exclut la reconnaissance, et dénie tout effet au jugement étranger qui a statué en *méconnaissance du but d'une règle allemande*. C'est notre contrariété à l'ordre public international. Or il existe en Allemagne une tendance doctrinale qui, s'appuyant sur une fraction de la

(52) Cf. le rapport de G. HOLLEAUX, « Reconnaissance et exécution des jugements étrangers de divorce dans les droits allemand et français », Journée d'Etudes franco-allemandes, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1958, p. 115 et s.

(53) En ce sens, voir l'intervention du professeur Beitzke lors de la Journée d'Etudes franco-allemandes, préc.

jurisprudence, considère que les lois dont il s'agit de protéger le but peuvent être les règles de conflit (54).

On a pu dire, de façon générale, que le contrôle de la loi appliquée, en Allemagne, se faisait par le détour de l'*ordre public*, en ce sens qu'il serait considéré comme contraire à l'ordre public qu'un jugement étranger appliquât une loi incompétente selon les règles allemandes de conflit. Le § 328 ne serait, de ce principe, qu'une application particulière. A l'appui de cette thèse, il faut souligner que c'est par recours à la notion d'ordre public que le droit allemand reconnaît et sanctionne la fraude à la loi, entendue au sens du droit international privé (55).

On le voit, la démarche n'est guère différente de celle qui avait conduit Martin à formuler la règle que nous connaissons aujourd'hui dans notre droit positif. Nous retrouverons d'ailleurs ce lien entre ordre public et loi applicable dans d'autres pays (56).

Retenons surtout que, parti d'un point de vue assez différent, le droit allemand, essentiellement sous l'influence de la doctrine, évolue dans un sens qui tend à le rapprocher du système français. La doctrine allemande, surtout désireuse d'éliminer l'exigence de la réciprocité propre au droit allemand, voit dans le contrôle de la loi appliquée une compensation nécessaire à ce sacrifice. Aussi n'est-il pas étonnant de la voir se tourner, malgré l'existence d'un texte en la matière, vers le principe français (57).

B. — RÔLE DE L'ORDRE PUBLIC EN CERTAINS PAYS.

470. — Il est enfin certains pays dont rien n'indique formellement qu'ils exercent un contrôle de la loi appliquée et qui, cependant, aboutissent à des résultats analogues aux nôtres par le moyen de l'exception d'*ordre public*.

C'est notamment le cas de la *Belgique* (58) et de l'*Italie* (59), qui bénéficient également de dispositions législatives en la matière. Le même phénomène se produit aux *Pays-Bas* lorsque, s'agissant de Néerlandais, les tribunaux refusent tout effet aux divorces prononcés à l'étranger « pour une cause inconnue du droit néerlandais » (60). Il arrive même que les tribunaux hollandais visent

(54) En ce sens : W. WENGLER, note au *Clunet*, 1968, p. 961.

(55) Voir *B. G. H.*, 8 mai 1968, décision rapportée au *Clunet*, 1968, p. 949 et s.

(56) Cf. *infra*, n° 470.

(57) Voir les observations de M. Mezger, Journée d'Etudes franco-allemandes, préc.

(58) Cf. Cass. Belge, 4 oct. 1956, *Revue*, 1957.476, note Vander Elst ; RIGAUX, *Précis*, n° 54 et P. BELLET, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Clunet*, 1965.833.

(59) Cass. Italie, 12 juill. 1964, n° 1491, *Clunet*, 1966.695, et C. A. Rome, 20 mai 1963, *Clunet*, 1966.699.

(60) *Hoge Raad*, 4 mars 1965, *Clunet*, 1969.1027 et Trib. d'Arnhem, 20 févr. 1964, *Clunet*, 1969.1030.

expressément la loi applicable en vertu de leur propre règle de conflit (61). A s'en tenir à nos partenaires du Marché Commun, nous voyons donc que notre position ne paraît pas si insolite qu'il semble de prime abord.

Cependant, un exemple plus frappant encore est celui du *droit grec* : alors que le Code de procédure civile hellénique n'exige pas que la loi applicable soit celle désignée par le droit international privé grec, mais demande que la décision étrangère, entre autres conditions, ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (art. 339, § 5, et 562, § 2, C. proc. civ.), la doctrine dominante suivie par la jurisprudence a rétabli le contrôle de la loi appliquée en le limitant toutefois aux affaires relatives à *l'état et à la capacité* des personnes. Le fondement de ces solutions est que, si le juge étranger n'a pas appliqué la loi compétente au regard du droit international privé grec, sa décision est, de ce chef, contraire à *l'ordre public grec* (62).

471. — Cette jurisprudence étrangère est toutefois difficile à interpréter. Elle prend sa signification lorsqu'on la compare à nos premières décisions en la matière qui, avant de dégager nettement la nécessité de contrôler la compétence législative, se sont attachées à examiner si les jugements étrangers — de divorce par exemple — étaient fondés sur un motif admissible du point de vue du droit français, sur le fondement de l'ordre public (63).

Ces quelques exemples montrent donc que l'isolement du système français n'est que relatif, les préoccupations qui sont les siennes ne demeurant pas étrangères aux autres systèmes juridiques. Si certains limitent en droit l'étendue du contrôle que nos tribunaux réduisent en fait — aux matières extra-patrimoniales —, les autres apportent l'expérience de ce qu'il est difficile de se passer de tout contrôle de la loi applicable : devant ces derniers, on peut se demander s'il n'y a pas avantage à contrôler systématiquement la loi applicable, en vertu de nos règles de conflit, plutôt que de déclarer s'y refuser et s'abandonner, en perfide contrepartie, aux hasards douteux de l'exception d'ordre public (64).

(61) C.A. Amsterdam, 6 mars 1963, *Clunet*, 1969.1017.

(62) Cf. T. COUTSOMARIS, « Les conflits de juridictions d'après le nouveau Code de procédure civile hellénique », *Clunet*, 1971.59 et s., spéc. p. 68-69, et les nombreuses décisions citées.

(63) Voir, très nets, Trib. civ. Grenoble, 1^{er} déc. 1920 et Trib. civ. Seine, 6 avr. 1922, préc. Plus près de nous, l'arrêt *Figué*, préc., peut être interprété en ce sens. La distinction est encore peu nette dans l'arrêt de la Cour de Paris du 10 juin 1962, *époux Reydet c. dame Grosjean*, *J.C.P.*, 1963.II.13329, note J. M. Bischoff.

(64) Cf. *infra*, n^{os} 505 et s.

§ 2. — Place du contrôle de la loi appliquée dans les conventions internationales

A. — CONVENTIONS BILATÉRALES.

472. — Les conventions *bilatérales* relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers signées par la France à la fin du siècle dernier ou au début du vingtième siècle, éliminent en général cette exigence, comme tant d'autres (notamment la révision).

Elles concernent essentiellement la compétence judiciaire internationale — dont elles édictent des règles de caractère direct ou indirect —, la procédure et l'exclusion du pouvoir de révision (65).

Elles éliminent le contrôle de la loi applicable en ce sens qu'elles ne mentionnent pas cette condition au nombre de celles qui délimitent le contrôle exercé, conventionnellement, par le juge de l'exequatur (66).

Cette exclusion n'a cependant pas pu être totale, et la nécessité du respect, par la décision étrangère, de l'ordre public et des principes de droit public du pays d'exécution a pu, encore une fois, ouvrir la voie au contrôle de la compétence législative à la jurisprudence française (67). Une fois de plus nous vérifions ce lien entre ordre public et contrôle de la loi appliquée, celui-ci étant généralement issu de celui-là.

473. — Ces exemples d'exclusion ne sont guère probants étant donné la date de ces conventions.

Au contraire, en effet, les conventions *les plus récentes* conclues par la France autorisent expressément le juge de l'exequatur à contrôler la loi appliquée en observant à cet égard les règles de conflit de son for.

C'est en particulier le cas des accords de coopération, entraide judiciaire et exequatur signés par la France avec les *Etats africains*. Ainsi, l'accord franco-sénégalais du 14 juin 1962 (68) considère,

(65) Traité franco-suisse du 15 juin 1869, traité franco-belge du 8 juillet 1899 et traité franco-italien du 3 juin 1930.

(66) A l'exception du traité franco-anglais du 18 janvier 1934, qui l'exclut formellement : art. 3, § 2.

(67) Trib. civ. Seine, 10 juin 1936, *Clunet*, 1937.282, refuse l'exequatur au jugement suisse qui a prononcé un divorce en vertu de la loi suisse entre une Française et un Suisse. — Cf. H. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n^{os} 786-790.

(68) Décr. 25 févr. 1965, *J.O.*, 13 mars 1965, p. 2031, *Revue*, 1965.415. La même exigence, en des termes identiques, se retrouve dans la convention d'aide mutuelle judiciaire France-Gabon, 23 juill. 1963, Décr. 25 févr. 1965, *J.O.*, 2 mars 1965, p. 1723, *Revue*, 1965.404 ; France-Congo Brazzaville, 18 mai 1962, Décr. 28 janv. 1965, *J.O.*, 5 févr. 1965, p. 1043, *Revue*, 1965.166 ; France-Répu-

dans son article 26 *b*, comme régulière « la décision [qui] a fait application de la loi applicable au litige en vertu des *règles de solution des conflits de lois admises dans l'Etat où la décision est exécutée* ».

Plus proche de nous, la convention entre la France et Saint-Marin, du 25 mai 1967 (69), adopte, toujours en des termes identiques la même solution.

474. — Quelque peu différente, mais particulièrement intéressante, est la convention conclue entre la France et l'Autriche pour « la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale », du 15 juillet 1966 (70), convention qui, limitant le contrôle au domaine de l'état et la capacité des personnes, et l'atténuant par l'équivalence, est tout à fait représentative de l'état actuel de nos exigences en la matière. Son article 5, alinéa 1, déclare en effet que : « *La reconnaissance ne peut être refusée* du fait que le tribunal d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles du droit international privé de l'Etat requis, *sauf* en ce qui concerne l'état ou la capacité des personnes. Même dans ces cas, la reconnaissance ne peut être refusée si l'application de la loi désignée par lesdites règles eût abouti au *même résultat* ».

Les conventions conclues, sur le même objet, entre la France et l'Espagne le 28 mai 1969 (art. 5) d'une part, entre la France et la Yougoslavie le 18 mai 1971 (art. 6) d'autre part, contiennent des dispositions identiques (71).

Enfin, nous citerons pour terminer la *Convention franco-polonaise* du 5 avril 1967 (72) qui occupe une place très particulière en renvoyant le juge de l'exequatur, pour le contrôle de la loi appliquée qu'elle prévoit, aux règles de conflit qu'elle établit dans son Titre premier. Elle est, à notre connaissance, la seule à lier, en un texte unique, des dispositions relatives à la loi applicable, à la compétence judiciaire et à l'exequatur des décisions judiciaires. On a observé à propos de cette convention, plus exactement de ses dispositions relatives à l'exequatur, que si elle apportait, dans le sens d'une simplification, des modifications substantielles au système polonais, ses solutions ne différeraient guère de celles du droit commun français tel qu'il est fixé notamment par l'arrêt *Munzer* (73).

blique centrafricaine, 18 janv. 1965, Décr. 27 avr. 1967, *J.O.*, 19 mai 1967, p. 4916, *Revue*, 1967.575.

L'accord de coopération entre la France et le Mali des 2 févr. et 9 mars 1962 (Décr. 17 juin 1964, *J.O.*, 10 juill. 1964, p. 6123, *Revue*, 1964.756) renvoie aux conditions prévues par la législation de l'Etat d'exécution, de façon globale.

(69) Décr. 6 mars 1969, *J.O.*, 15 mars 1969, *Clunet*, 1969.775.

(70) Décr. 7 août 1967, *J.O.*, 11 août 1967, *Clunet*, 1967.1033.

(71) Conv. franco-espagnole, Décr. 18 mars 1970, *J.O.*, 25 mars 1970, *Revue*, 1970.327; Conv. franco-yougoslave, Décr. 6 mars 1972, *J.O.*, 9 mars 1972, *Revue*, 1972.329, *Clunet*, 1972.719.

(72) Décr. 13 févr. 1969, *J.O.*, 22 févr. 1969, *Revue*, 1969.329.

(73) En effet, quatre des conditions énumérées par l'arrêt *Munzer* sont reprises; est exclu le contrôle de la fraude à la loi (mais il résulte de celui de

Deux groupes de conventions bilatérales apparaissent donc : celles qui excluent le contrôle, avec les réserves que nous avons faites, en particulier sur leurs dates ; celles qui le consacrent, et c'est là un mouvement récent et continu dont on ne peut dire qu'il soit restreint en tous les cas aux matières de statut personnel.

B. — CONVENTIONS MULTILATÉRALES.

475. — Les conventions *multilatérales* sont beaucoup plus réservées puisque, par essence, elles doivent réunir l'accord des systèmes les plus divers parfois, c'est-à-dire souvent concilier l'inconciliable.

Nous prendrons deux exemples intéressant particulièrement la France : celui de la Convention de Bruxelles dans le cadre du Marché Commun, d'une part, celui des Conventions de La Haye dans un cadre plus vaste d'autre part.

476. — 1^o La *Convention de Bruxelles* du 27 septembre 1968, signée entre les six pays membres (à cette date) du Marché Commun (74), a eu essentiellement pour but, conformément à l'article 220 du Traité de Rome, de simplifier les formalités exigées dans chaque Etat membre pour l'exécution et la reconnaissance des décisions judiciaires des cinq autres.

Ses auteurs avaient trois problèmes principaux à résoudre, soit les conditions de respect de l'ordre public, de compétence législative et de compétence juridictionnelle. Or ils ont exclu des exigences, très limitées, de la convention, celle relative à la loi appliquée, « parce qu'ils cherchaient surtout — au prix de sacrifices certains tels que la limitation du champ d'application de la convention — à enlever tout droit de contrôle au juge de l'exequatur » (75).

La convention, en effet, exclut de son domaine d'application

la loi appliquée et de l'ordre public). La convention ajoute, en outre, des conditions supplémentaires. Dans le sens indiqué au texte, voir J. JODLOWSKI et A. PONSARD, « La convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, à la compétence et à l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille », *Clunet*, 1970.545 et spéc. p. 612, ainsi que R. DE BOTTINI, « La convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille », *Revue*, 1970.1, spéc. p. 41.

(74) Cf. B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1970, p. 598 et s., et « Un traité fédérateur : la Convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. trim. dr. europ.*, 1971, p. 1 et s. ; P. BELLET, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Clunet*, 1965.833 ; P. CATHALA, *La convention communautaire de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, D., 1969, Chron. p. 251.

(75) P. BELLET, *op. cit.*, p. 845-846.

(art. I) : l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les donations, successions et testaments.

Cette exclusion du contrôle corrélatif à la mise à l'écart des matières dans lesquelles il est pratiquement susceptible de s'appliquer, montre que les auteurs de la Convention de Bruxelles ont estimé ne pouvoir résoudre la question par la simple négative, dans des matières où les disparités entre les six droits sont si certaines et si profondes (75 bis).

Aussi bien ont-ils dû maintenir le contrôle de la loi appliquée dans les hypothèses, inévitables, où des questions relatives à l'état ou à la capacité des personnes, bien qu'exclues du domaine de la convention, auraient été soulevées, à titre préalable ou incident (mais non, naturellement, à titre principal) devant le juge dont la décision est soumise à exequatur ou à reconnaissance : en vertu de l'article 27 de la convention, la reconnaissance ou l'exécution seront refusées si le tribunal d'origine a méconnu une règle de droit international privé de l'Etat requis, sauf le correctif, consacré, de l'équivalence des résultats (76).

477. — 2° *La Conférence de La Haye de droit international privé* a élaboré deux conventions dont l'examen paraît également instructif. La première, du 22 avril 1966, s'intitule « Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (77). La seconde, datée du 26 octobre 1968, a un objet plus précis, concernant la seule reconnaissance des divorces et séparations de corps (78).

La première de ces conventions, ouverte à la signature depuis le

(75 bis) Voir, en ce sens que cette attitude « montre que la question de conflit de lois est moins facilement réductible qu'on ne le croit parfois, même lorsqu'elle se mêle à une question de conflit de juridictions » : P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, « La Convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet*, 1971.747, spéc. p. 780 et s.

Au reste, un de ceux qui ont le plus activement participé à l'élaboration de cette convention, M. G. Droz, ne se montrait guère favorable, de manière générale, à l'élimination de ce contrôle, en écrivant : « Nous avons pensé, et nous pensons encore, que faciliter l'exécution des jugements sans contrôle de la règle de conflit entre systèmes juridiques non harmonisés, c'est un peu mettre la charrue avant les bœufs, et qu'il est préférable d'unifier les règles de conflit de lois avant de résoudre les conflits de juridictions : les Etats qui facilitent la reconnaissance et l'exécution réciproques de leurs jugements sans aucun contrôle ouvrent leurs frontières aux conflits de systèmes, mieux ils les consacrent... » (*Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*), Dalloz, 1972, n° 472 et s., p. 299 et s.).

(76) On a, ici aussi, relevé la concordance de la solution retenue avec celle du droit français, solution évidemment limitée par la convention : B. GOLDMAN, « Un traité fédérateur... », *Rev. trim. dr. europ.*, 1971, p. 34.

(77) Texte à la *Revue*, 1966, p. 328 et s.

(78) Texte au *Clunet*, 1969.873 et à la *Revue*, 1968.790. Voir P. BELLET et B. GOLDMAN, « La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *Clunet*, 1969.843 et s.

17 mars 1969, ne peut qu'être comparée, tant par son objet que par l'économie de ses dispositions, à la Convention de Bruxelles à laquelle nous venons de faire allusion. S'étendant aux matières civiles et commerciales, à l'exclusion de certaines questions dont la liste assez importante comprend notamment « l'état ou la capacité des personnes, le droit de famille, y compris les droits et obligations personnels et pécuniaires entre parents et enfants et entre époux » (art. 1^{er}, al. 1), cette convention exclut formellement que la reconnaissance ou l'exécution puisse être refusée « pour la seule raison que le tribunal de l'Etat d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles de droit international privé de l'Etat requis » (art. 7, al. 1).

Mais il a fallu, comme il le faudra à Bruxelles en 1968, réserver le cas où le tribunal d'origine a tranché, préalablement à sa décision, une question exclue du domaine de la convention, particulièrement une question de statut personnel : l'incompétence, sous réserve de l'équivalence, de la loi appliquée peut alors justifier le refus d'exequatur ou, plus généralement, de reconnaissance.

478. — Les auteurs de la *Convention du 26 octobre 1968* se trouvaient, eux, directement confrontés au problème du maintien, ou de l'exclusion, dans une matière concernant l'état des personnes — les divorces et séparations de corps —, du contrôle de la loi appliquée, alors que l'opposition existant à cet égard, en gros, entre les pays de système continental et les pays de common law, était latente au sein de la Conférence. La considération des solutions retenues présente donc un intérêt évident.

C'est un compromis qualifié de laborieux qui, comme bien souvent à La Haye, a été adopté. Mais, de manière générale, il a été jugé impossible, en une telle matière, d'écarter tout contrôle de la loi réellement appliquée, eu égard à la difficulté que soulève le divorce d'époux relevant, par leur nationalité ou leur résidence, de pays ignorant le divorce (79).

Aussi bien si le principe — posé par l'article 6, paragraphe 2 b — est que tout refus de reconnaissance du jugement étranger au motif « qu'il a été fait application d'une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles de droit international privé de cet Etat » est impossible, la convention assortit ce principe de diverses restrictions (80) et permet notamment, au moyen d'une réserve, aux Etats contractants de « ne pas reconnaître un divorce ou une séparation de corps entre deux époux qui, au moment où il a été acquis, étaient exclusivement ses ressortissants, lorsqu'une loi autre que celle désignée par son droit international privé a été appliquée, à moins que cette application n'ait abouti au même résultat que si l'on avait observé cette dernière loi » (art. 19-1).

(79) Cf. P. BELLET et B. GOLDMAN, *préc.*, p. 859.

(80) En ce sens, voir H. BATIFFOL, *Revue*, 1970, p. 121.

479. — Les adversaires du contrôle de la loi appliquée mettront volontiers l'accent sur l'exclusion de principe, plutôt que sur les tempéraments apportés à cette dernière, qui figure ainsi dans cette convention. L'exemple ne nous paraît cependant pas très probant en raison du nécessaire compromis qu'entraînait tout désir de découvrir des solutions acceptables pour chacun : il semblait plus aisé de faire renoncer, en partie du moins, les uns à un contrôle que les autres se refusaient à introduire dans leur législation. De telles exigences sont liées à la tradition juridique d'un pays et, si elles peuvent disparaître au cours de l'évolution des choses et des idées, il est rare qu'elles puissent s'implanter brutalement, venant de l'extérieur.

Peu probant, l'exemple montre toutefois que les conventions internationales, si larges soient-elles géographiquement, ne peuvent ignorer totalement le contrôle tel qu'il est connu du droit français, mais au contraire lui ménagent une certaine place.

Nous concluons donc ce premier chapitre, destiné à mettre en place, dans le temps et dans l'espace, le système français, en relevant simplement ce fait qu'il n'est pas si isolé qu'il le paraît. Ce contrôle correspond donc certainement à un besoin, ressenti ailleurs comme chez nous, de sorte que rien ne permet d'affirmer de façon péremptoire qu'il est « une exigence artificielle et surannée, dont les inconvénients sont généralement dénoncés » (81). Le droit français revêt cependant un particularisme certain que nous ne cherchons pas à nier, en présentant son exigence « au grand jour », d'une part, de la manière la plus nette, et en en faisant un principe d'application théoriquement générale, d'autre part, contrairement à la tendance qui la restreint — nous l'avons vu — le plus souvent aux matières relatives au statut personnel. La question est à présent de savoir si, aujourd'hui, demain, cette exigence doit être conservée dans le droit français ou si, de façon plus modérée, c'est son particularisme qu'il s'agit de faire disparaître.

(81) J. D. BREDIN, note préc., *Clunet*, 1964, p. 818.

CHAPITRE II

LE CONTROLE DE LA LOI APPLIQUÉE TERME DE L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS

480. — L'attaque essentielle portée à l'encontre de cette condition posée à la reconnaissance, en France, de l'effet des jugements étrangers, prétend se donner des fondements rationnels. Elle lui reproche particulièrement d'impliquer la nécessité, aberrante, pour tout juge étranger, de faire application du système français de conflit de lois : aussi est-ce une exigence « absurde », « illogique », presque un caprice du droit français qui trouverait ses racines profondes dans un nationalisme juridique dont nous aurions décemment beaucoup de mal à nous défaire.

Il incombe donc à ceux qui ne s'émeuvent pas particulièrement de ces critiques, de *justifier le droit positif français* en démontrant sa rationalité. Là est la question essentielle.

Mais il n'est pas un détracteur du contrôle de la loi appliquée qui n'ajoute à son argument d'illogisme une critique fondée sur *l'opportunité* d'un tel système qui gênerait considérablement la circulation internationale des décisions de justice.

Nous répondrons immédiatement à cette critique dont l'examen de la jurisprudence ne révèle pas le bien-fondé, en montrant que l'exigence que connaît actuellement le droit français ne présente pas les dangers qu'on lui prête (Section I). C'est en effet l'aspect le plus facile, mais aussi le plus équivoque d'une défense du droit positif, car si la pratique révèle que l'application de ce contrôle est amoindrie, n'en tirera-t-on pas un argument supplémentaire, sur le plan logique cette fois, en faveur de son abandon ? C'est alors qu'il nous faudra démontrer que le contrôle de la loi appliquée a un rôle important à jouer, de sorte que son maintien est, pour le droit français, une nécessité logique (Section II).

Vis-à-vis du seul droit commun — étant admis que les conventions internationales ont précisément pour rôle d'atténuer les exigences de celui-ci et qu'en y participant, la France peut renoncer en tout ou

en partie à l'exercice de ce contrôle —, nous serons donc amené à conclure que le revirement souhaité par beaucoup *ne peut, ne doit pas* se faire.

SECTION I

LES PRÉTENDUS DANGERS DU CONTRÔLE DE LA LOI APPLIQUÉE

481. — Délaissant, ainsi qu'il a été annoncé, momentanément la discussion portant sur l'aspect rationnel ou irrationnel de ce contrôle, nous relèverons la critique, courante, adressée au système français dont les dangers proviendraient tant de l'existence même du contrôle — qui menacerait la coopération judiciaire internationale —, que de sa mise en œuvre qui offrirait un « parfum » de révision, tout aussi néfaste à ladite coopération judiciaire. Nous reprendrons ces deux points, en deux paragraphes distincts pour la commodité de l'exposé.

§ 1. — Contrôle et coopération judiciaire internationale

482. — Le contrôle de la loi appliquée, opéré en vertu de *notre* règle de conflit, serait — relevons-le ici encore — une exigence « absurde » et surtout « *injuste dans ses conséquences* », traduisant la propension des juges à n'accorder crédit qu'aux décisions étrangères qui seraient l'exacte reproduction d'une décision rendue sur les mêmes faits par une juridiction française.

On lui reproche donc d'être le fruit d'un nationalisme désuet, d'une méfiance instinctive plus que raisonnée à l'encontre des jugements étrangers, et de réaliser, ainsi, une sérieuse entrave à la « libre circulation » internationale des décisions de justice, hautement souhaitable.

La réalité judiciaire nous offre un bien autre tableau. Les constatations qu'elle nous entraîne à faire inclinent à penser que ce contrôle se révèle, dans la pratique, bien peu gênant. Il existe à cela trois raisons.

La première est, comme nous l'avons déjà indiqué, que le contrôle est pratiquement limité aux matières d'état et de capacité des personnes, sauf quelques rares incursions hors de ce domaine (1).

La seconde est que l'équivalence est généreusement reconnue par les juges du fond entre loi applicable et loi appliquée, ou entre

(1) Cf. *infra*, n° 485.

leurs résultats concrets. Au point que l'on a pu remarquer, par exemple en matière de divorce — cas le plus fréquemment soulevé —, qu'on avait parfois l'illusion que « le monde du divorce tend à l'uniformité, que les barbares se policent, en même temps que les peuples civilisés se corrompent » (2).

La troisième est que, rarement, la compétence de la loi applicable fait directement l'objet du débat lors de l'instance en exequatur. Il y a à cela diverses causes contingentes. Parfois, l'absence de motivation du jugement étranger met le juge de l'exequatur dans l'impossibilité matérielle d'exercer son contrôle. Parfois aussi, la juridiction française s'abstient de relever l'irrégularité qu'elle aurait eu toute latitude d'opposer à la décision étrangère, peut-être parce qu'elle lui paraît d'importance mineure.

483. — On peut en donner pour exemple la décision de la Cour d'appel de Grenoble du 20 janvier 1966 (3) accordant l'exequatur au jugement tunisien qui, au mépris du principe de droit français, applicable en la cause, de la hiérarchie des débiteurs d'aliments, a condamné un beau-père à verser une pension alimentaire à sa bru, sans que celle-ci ait au préalable agi contre son mari.

Loin de relever cette fausse application, la juridiction grenobloise centre le débat sur l'atteinte à l'ordre public international, atteinte non réalisée en l'espèce.

Cette décision participe de l'effort entrepris par la jurisprudence pour distinguer, afin de ne pas alourdir le contrôle, la fausse application de la dénaturation de la loi compétente, cette dernière étant seule, à nos yeux, critiquable. Certains l'approuvent, qui estiment « qu'il faut éviter, dans un souci d'harmonie internationale, de multiplier les obstacles à l'octroi de l'exequatur et de le refuser pour des motifs mineurs » (4).

Aussi bien l'étude de la *jurisprudence* sur les dix dernières années — 1960 à 1970 — fait-elle ressortir à l'évidence que ce contrôle est très généralement satisfait, et que ce n'est pas lui, mais plutôt la facilité avec laquelle il y est satisfait, qui devrait encourir des reproches. Trois traits se dégagent de cette jurisprudence.

484. — 1^o On ne trouve *aucune* décision de refus d'exequatur fondée sur l'incompétence de la loi appliquée au fond par le juge étranger.

(2) P. MALAURIE, *L'équivalence en droit international privé*, préc., D., 1962, et les nombreuses « équivalences » relevées aux notes 10 à 14, p. 218. Très caractéristique, à cet égard, est l'arrêt *Lundwall*, Paris, 4 févr. 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10612, note Francescakis.

(3) 1^{re} Ch., *Revue*, 1966.655, note J. Déprez.

(4) En ce sens, J. DÉPREZ, note préc., p. 660.

Si la Cour de Paris a, le 18 juin 1964, dans l'affaire *de Gunzburg*, relevé que la loi appliquée n'était pas la loi applicable en vertu des règles françaises de conflits de lois, ceci justifiant à soi seul un refus d'exequatur, il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, ce refus était également, et plus amplement, justifié par l'incompétence internationale du Tribunal de Ciudad Juarez, et l'atteinte à l'ordre public international que réalisait sa décision (5).

485. — 2° *L'existence* de ce contrôle est très fréquemment relevée, particulièrement en matière d'état des personnes (6), bien qu'on puisse la relever en d'autres domaines (7).

Cette vérification apparaît souvent, dans les décisions, de façon incidente, par souci de conformité à l'énumération de la Cour de Cassation, semble-t-il. Toutefois, il est très rare que cette condition fasse l'objet principal du débat portant sur la régularité du jugement étranger. Cela a été cependant le cas, exceptionnel, dans la très importante affaire *Dlle Loesch c/ Le Breton*, qui a déjà donné lieu à plusieurs arrêts (8).

La Cour de Bourges avait cru devoir refuser l'exequatur à la décision de la Cour d'appel mixte d'Hanoi, en raison de la fausse application faite par cette dernière de la loi française compétente au fond. Appuyant ce contrôle sur son droit de révision, la Cour de Bourges a vu son arrêt cassé. Dans cette affaire, le point central de la discussion est l'étendue des pouvoirs du juge amené à vérifier la compétence de la loi appliquée au fond. Nous serons conduits à en reparler ultérieurement (9).

486. — 3° Aussi bien les *causes du refus* d'exequatur car il y en a — sont-elles autres. De même, les problèmes soulevés par les défendeurs à l'exequatur.

Il s'agit, le plus souvent, de l'incompétence internationale du juge étranger (10) ou de l'irrégularité de la procédure, essentiellement en ce que les droits de la défense n'ont pas été respectés (11).

(5) *Revue*, 1967.340, note J. Déprez.

(6) Paris, 1^{re}, 23 févr. 1967, *Revue*, 1967.567, note J. Foyer ; Trib. gr. inst. Seine, 1^{re}, 24 nov. 1965, *Clunet*, 1966.366, obs. P. Kahn ; Paris, 1^{re}, 26 mars 1968, *Clunet*, 1969.394, note A. Ponsard.

(7) Colmar, aud. sol., 16 juin 1965, *Revue*, 1966.78, note M. Simon-Depitre ; Trib. gr. inst. Seine, 1^{re}, 22 déc. 1965, *Revue*, 1966.490, note C. Gavalda.

(8) Bourges, 20 mai 1963, cassé par Cass., 24 nov. 1965, *Revue*, 1966.289, note P. Lagarde ; *Clunet*, 1966.369, obs. P. Kahn, et sur renvoi, Poitiers, aud. sol., 13 déc. 1967, *Revue*, 1969.94, note P. L.

(9) Cf. *infra*, n° 494.

(10) Paris, 1^{re}, 10 mars 1967, *Revue*, 1967.317, note Y. Loussouarn : l'exequatur est accordé, mais le problème est soulevé ; Trib. gr. inst. Seine, 10 janv. 1962, *Revue*, 1963.607, note J. Déprez ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1969, *Revue*, 1969.546, note H. Gaudemet-Tallon ; Paris, 1^{re}, 26 mars 1968, *Clunet*, 1969.394, note A. Ponsard, qui refusent l'exequatur pour ce motif.

(11) Trib. gr. inst. Seine, 1^{re}, 12 juill. 1967, *Clunet*, 1968.105, obs. P. Kahn : refus d'opposabilité du jugement ; Trib. gr. inst. Seine, 10 avr. 1962, *Clunet*, 1963.1080, note J. B. Sialelli : refus d'exequatur.

Cette seconde raison de discuter ou refuser l'exequatur s'ajoute souvent à la première (12).

Enfin, c'est souvent l'ordre public international qui s'oppose à ce que l'exequatur soit accordé, ou forme le fond du litige, soit que la loi appliquée au fond y porte atteinte (13), soit que la décision d'exequatur elle-même paraisse porter atteinte à l'ordre public en raison des circonstances particulières dans lesquelles elle interviendrait (14).

487. — Il serait donc difficile de voir dans le contrôle de la loi appliquée une exclusive dirigée contre les jugements étrangers, un barrage systématiquement efficace (15). Notre exigence ne semble pas, à la différence de ce qu'était le pouvoir de révision, être d'ailleurs considérée comme une gêne considérable par les juges étrangers. Le meilleur « baromètre », à cet égard, est constitué par l'attitude des pays qui, comme l'Allemagne, exigent la réciprocité pour exécuter les décisions étrangères qui leur sont présentées.

Longtemps, le *Reichsgericht allemand* a refusé l'exequatur aux décisions de justice françaises, sur la base de l'article 328 ZPO, selon lequel : « La reconnaissance de la décision d'un tribunal étranger est exclue... lorsque la réciprocité n'est pas assurée ». Condition discutée dans son sens et critiquée par la doctrine allemande, elle a été entendue en ce sens que le juge allemand devait rechercher « au terme d'une appréciation globale... du droit et de la pratique de la reconnaissance, [si] des conditions équivalentes existent « *grosso modo* » dans l'Etat où la décision est rendue pour l'exequatur d'une décision allemande au contenu analogue » (16).

Or la jurisprudence allemande estimait que le pouvoir de révision exercé par les juges français mettait un obstacle tel à l'exequatur des décisions allemandes, que la réciprocité n'était pas assurée.

Cette situation — qui servait de prétexte tant aux ennemis français du droit de révision, qu'aux adversaires allemands de la

(12) Trib. gr. inst. Seine, 5^e, 5 janv. 1965, *Revue*, 1965.563, note P. L. : refus d'exequatur ; Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 1967, *Bachir*, *Revue*, 1968.98, note P. Lagarde ; D., 1968.95, note Mezger ; J.C.P., 1968.II.15634, note Sialelli ; *Clunet*, 1969.102, obs. B. Goldman : problème discuté, mais exequatur accordé.

(13) Outre l'arrêt *Munzer*, voir Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 1967, *Clunet*, 1967.629, note J. D. Bredin ; *Revue*, 1968.87, note C. Gavalda : *Cole c. Weiss* (problème discuté mais exequatur accordé).

(14) Trib. gr. inst. Seine, 1^{re}, 11 mai 1966, *Clunet*, 1967.106, note J. D. Bredin qui pose la question de savoir s'il faut voir là une sixième condition de l'exequatur, au motif, relevé par le tribunal, que « le créancier étranger par sa carence, et les autorités compétentes de l'Etat étranger par des mesures exorbitantes du droit commun, ont empêché dans le pays même la discussion des biens du débiteur qui, par l'extinction de la créance elle-même, eût rendu sans objet toute instance tendant à rendre exécutoire sur le territoire français la décision de justice étrangère ».

(15) *Contra* : P. LAGARDE, note *Revue*, 1966.289.

(16) Cf. *Clunet*, 1968, p. 953.

réciprocité — devait heureusement se modifier postérieurement à l'arrêt *Munzer* qui a connu une large diffusion à l'étranger.

488. — A la suite d'une consultation établie le 24 avril 1967 pour le « *Senat* » par le *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, le huitième « *Zivil-Senat* » du *Bundesgerichtshof* a tiré, le 8 mai 1968 (17), les conséquences de l'arrêt *Munzer*.

Il a estimé, tout d'abord, que « l'admission de la réciprocité dans « les rapports avec la France ne se heurte plus à la jurisprudence « antérieure relative à la révision au fond », et en a déduit « qu'il « convient dès lors de soumettre la question de la réciprocité à un « nouvel examen ».

Ce « nouvel examen » va porter sur les cinq conditions énumérées par l'arrêt *Munzer*, et soigneusement étudiées dans leur contexte de pratique française par le *Max-Planck-Institut*.

Quant au contrôle de la loi appliquée, l'arrêt relève que cette condition « confère *théoriquement* au juge français de l'exequatur « un droit de contrôle général dont le champ d'application est plus « étendu que celui que le juge allemand tire du § 328 ZPO », mais que le principe d'équivalence entraîne une atténuation considérable de cette exigence.

Spécialement en matière de contrat, « on chercherait en vain dans « toute la jurisprudence française publiée *un seul cas* où l'exequatur « d'une décision étrangère aurait été refusée au motif que le juge « étranger n'aurait pas appliqué ou aurait mal appliqué la loi compé- « tente d'après les règles françaises de conflit ».

Le *Bundesgerichtshof* conclut donc, avec le *Max-Planck-Institut*, que cette condition « ne constitue pas *en pratique* un obstacle « sérieux à l'exequatur en France de décisions allemandes ».

Il est à noter que cette décision a été précédée d'un arrêt de la Cour d'Appel de Francfort sur le Main (18), qui avait tiré des conséquences identiquement favorables de la nouvelle jurisprudence française.

Cette réaction favorable nous permet donc de constater que notre système ne paraît guère gênant, sur le plan international, là où il pourrait l'être le plus s'agissant de juges étrangers qui connaissent l'exigence de la réciprocité (19). Ainsi, et sans faire preuve d'une injustifiable présomption de faveur vis-à-vis des jugements étrangers, nous n'opposons pas un obstacle considérable à la coopération judiciaire internationale qui, au reste, dans l'état actuel du droit commun positif des divers États, est plus un objectif qu'une réalité.

(17) *Clunet*, 1968.948, note W. Wengler; *Revue*, 1969.118, note Einmahl.

(18) *Gonzling et Compagnie l'Union*, 6 juill. 1966, *Clunet*, 1967.367, note P. Francescakis.

(19) Voir cependant WENGLER, note préc. au *Clunet*, 1968, p. 971, qui exprime des doutes au cas où les règles de conflit françaises et allemandes différeraient.

§ 2. — Contrôle et pouvoir de révision

489. — On a soutenu que le contrôle de la compétence législative donnerait au juge de l'exequatur des pouvoirs analogues à ceux que lui offrait le pouvoir de révision, au moins en deux circonstances : d'abord lorsqu'il apprécie si la loi compétente à ses yeux a été correctement appliquée, ensuite lorsqu'il relève une équivalence entre loi applicable et loi appliquée. Dans l'application du principe comme dans celle de son correctif, les tribunaux seraient ainsi amenés de nouveau à réviser, en dépit de l'interdit de la Cour de cassation, les sentences étrangères.

A. — ETENDUE DU CONTRÔLE.

490. — Sous peine de vider l'exigence de toute substance, le juge de l'exequatur est tenu de s'assurer que la loi déclarée applicable par le juge étranger a été réellement, correctement, appliquée. Cette conséquence logique a fait naître la crainte qu'un tel contrôle ne pousse le juge de l'exequatur à reprendre le jugement étranger et censurer le « mal jugé », comme le pouvoir de révision le lui permettait.

Cette question ne peut être résolue que par une distinction qui, apparue naguère (20) dans la doctrine, devient de plus en plus sensible dans la jurisprudence. Cette distinction est celle qui s'établit entre la fausse interprétation et la dénaturation ouverte de la loi appliquée.

491. — La *fausse interprétation* implique une erreur d'importance mineure dans l'interprétation que le juge étranger a faite de la loi compétente, portant souvent sur un point de droit mal établi ou peu connu.

La censure de la fausse application s'apparente de façon indéniable au défunt pouvoir de révision. Elle nécessite, en effet, si l'on veut aller jusqu'au bout de sa nécessité, que le juge de l'exequatur se livre à une nouvelle appréciation des faits, qu'il interprète la règle de droit, et vérifie si celle-ci a été bien appliquée aux faits qu'elle concerne, la fausse interprétation débouchant sur une fausse application.

Aussi faut-il, sans hésitation, rejeter le contrôle de la fausse application, quelle que soit la loi — française ou étrangère — applicable au fond. Trois motifs justifient pour nous cette exclusion sans partage.

(20) Cf. H. BATIFFOL, note préc. sous l'arrêt *Munzer*.

En premier lieu, le contrôle de la fausse interprétation est le plus souvent impossible à exercer, le juge ne disposant pas des éléments nécessaires, notamment des pièces du dossier, pour ce faire. Le jugement étranger lui-même s'explique peu ou pas du tout à ce sujet. Ce serait donc imposer au juge de l'exequatur une tâche trop lourde, de surcroît injustifiable et inutile.

C'est en effet injustifiable, du moins lorsque la loi compétente est une loi étrangère, *a fortiori* si cette loi est celle du juge qui a statué au fond. Comment pourrions-nous prétendre avoir une interprétation plus orthodoxe que celle de ce juge, d'une loi tierce par rapport aux deux pays, ou pire, de sa propre loi ? Encore une fois, il est bon de souligner que l'exequatur est une instance particulière qui a son but propre, lequel n'est pas de constituer un nouveau degré de juridiction.

Toutefois, lorsque c'est la loi française qui est compétente au fond, la tentation est grande — et la chose aisée —, de vouloir rectifier l'interprétation étrangère. Il faut résister à cette tentation malicieuse. Les motifs d'exclure le contrôle de la fausse application sont les mêmes dans les deux cas ; il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que la loi appliquée au fond était ou non la loi française (21).

Mais, surtout, un tel contrôle est inutile. L'affaire soumise à la Cour de Grenoble le 20 janvier 1966 le montre bien, et la Cour est approuvée d'avoir su ne pas « condamner au nom du contrôle de l'interprétation ce que l'on se refuse à censurer au nom de l'ordre public » (22).

Il est donc inutile parce qu'il ajoute un obstacle supplémentaire, pour un motif mineur et incertain, à l'exequatur. Les divergences internes d'interprétation, au sein même de la cour régulatrice, plaident en faveur d'une sévérité modérée à l'égard des jugements étrangers...

492. — Toute différente est la *dénaturation* ouverte de la loi applicable, française ou étrangère encore une fois. Nous estimons, avec M. Batiffol, que « la règle de conflit prescrivant au juge d'appliquer une loi étrangère oblige à redresser au moins les erreurs flagrantes qui équivalent à une véritable méconnaissance de la règle de conflit » (23).

Si la dénaturation doit être censurée, c'est qu'elle aboutit à l'*irrespect de la règle de conflit française*, donc à sa non-application. Ceci montre bien que le juge de l'exequatur ne se fait pas le censeur du juge étranger en protégeant le sens présumé de dispositions qui lui sont le plus souvent étrangères, mais qu'au contraire il

(21) *Contra* : B. GOLDMAN, note sous l'arrêt *Munzer*, préc., qui l'estime « inévitable », bien que contraire à la recherche de la coopération judiciaire internationale.

(22) Note J. Déprez, *Revue*, 1966, p. 660.

(23) *Revue*, 1964, p. 349.

reste fidèle à son rôle qui comporte *la défense de son ordre juridique*, règles de conflit comprises.

De plus, et surtout, le contrôle de la dénaturation n'est pas susceptible de réintroduire une révision, sauf si l'on estime, sur la base d'une analogie trompeuse, que tout désaccord exprimé par le juge de l'exequatur sur le jugement étranger est une révision : il ne s'agit pas de vérifier si le juge étranger a bien ou mal jugé, mais de savoir si nos exigences en matière de règlement des conflits de lois ont été satisfaites.

Ces considérations engagent à exercer un tel contrôle indépendamment de la nature, étrangère ou française, de la loi « appliquée » par le juge étranger et par lui dénaturée. La nature des choses veut cependant qu'en dépit des principes, il soit, pour le juge français de l'exequatur, plus facile de relever la dénaturation de la loi de fond française.

Enfin, la dénaturation « erreur caractérisée sur la teneur de la loi appliquée » est relativement facile à constater, et son contrôle n'encourt donc pas les reproches que nous avons antérieurement adressés à celui de la fausse interprétation.

493. — Ceci étant exposé, il reste à établir la différence entre fausse application et dénaturation.

M. P. Lagarde (24) pense que l'idée, si séduisante, soit-elle, n'est pas praticable, car le concept de dénaturation correspond à une opposition établie entre le fait et le droit qui n'a de sens que devant la Cour de cassation. Il craint, par ailleurs, que l'un des termes ne finisse par éliminer l'autre et que, selon la tendance plus ou moins sévère des juges de l'exequatur, on ne reconnaisse que des fausses interprétations ou que des dénaturations.

Les choses paraissent plus simples. Il faut surtout se garder de toute analogie avec les notions du droit interne et vérifier encore une fois le dicton « comparaison n'est pas raison », en se rappelant que, précisément, le juge d'exequatur n'est ni un juge d'appel ni un juge de cassation des jugements étrangers. Aussi repousserons-nous énergiquement l'idée que le contrôle du juge de l'exequatur s'apparente à celui du juge de cassation (25).

Le seul précédent susceptible de nous guider est, à la rigueur, celui de la jurisprudence relative à l'interprétation de la loi étrangère et au contrôle de sa dénaturation par la Cour de cassation. Aussi est-ce à ce propos que M. Goldman établit que la dénaturation est la méconnaissance flagrante d'une loi dont les termes sont clairs et précis, par opposition à la fausse application caractérisant les hésitations du juge sur un point de droit obscur, ambigu, ou mal établi (26).

(24) Note *Revue*, 1966, p. 295-296.

(25) *Contra* : P. LAGARDE, note préc., p. 296.

(26) Voir la thèse de Mme D. ALEXANDRE, préc., p. 238-239, qui adhère à cette façon de voir.

On peut rapprocher de cette conception la thèse de M. Motulsky (27) selon laquelle la dénaturation est « une notion purement exégétique [qui] sanctionne le refus de reconnaître à une formule le sens et la portée que ses termes clairs et précis requièrent sans possibilité de discussion ». En d'autres termes, la dénaturation pose une question de droit et non, à la différence de la fausse interprétation, une question de fait.

494. — La jurisprudence récente, enfin, semble vouloir consacrer cette distinction, montrant par là-même qu'elle est praticable. L'arrêt *Plazy*, déjà cité, de la Cour de Grenoble, et l'arrêt *Loesch* de la Cour de Cassation (28) peuvent être interprétés dans le sens de l'exclusion du contrôle de la fausse application (29). Ceci n'entraîne pas que les tribunaux « voient partout » de la fausse application, puisque certaines décisions relèvent et censurent la dénaturation de la loi compétente (30).

Cette même affaire *Loesch* a fourni à la Cour d'appel de Poitiers, statuant en audience solennelle, l'occasion d'établir fermement la distinction que nous faisons nôtre, en liaison — et c'est ce qui est intéressant — avec la disparition du pouvoir de révision.

Il s'agissait, dans cette affaire, d'accorder l'exequatur à la décision de la Cour d'Hanoï qui avait, sur le fondement de l'article 340-3° du Code civil français, déclaré le sieur Le Breton père naturel de l'enfant de la demoiselle Loesch, et l'avait en conséquence condamné à payer une pension alimentaire à ce dernier.

La Cour d'appel de Bourges, le 20 mai 1963 refuse l'exequatur et, estimant que « le pouvoir de révision devant s'exercer quant à la « forme et quant au fond, les juges français sont compétents pour « dire si la décision étrangère qui leur est soumise est ou non admissible du point de vue de la loi et de la jurisprudence françaises », retient l'absence de moyens réguliers de preuve, et censure l'arrêt de la Cour d'Hanoï pour n'avoir pas fait, en l'espèce, « une saine « interprétation des faits et une juste application de la loi française ». Cassation, prévisible en tout état de cause (31) : « Le juge saisi « d'une demande tendant à rendre exécutoire en France un jugement « rendu par un tribunal étranger ne peut procéder à la révision au « fond de cette décision ».

Sur renvoi, la Cour d'appel de Poitiers (32), reprenant ce motif de la Cour de Cassation, estime que : « Il n'en demeure pas moins

(27) « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, t. I, p. 372-373.

(28) Civ., 24 nov. 1965.

(29) *Contra* : Trib. civ. Seine, 15 juill. 1929, *Clunet*, 1929.1059.

(30) Voir Paris, 16 avr. 1953, *Clunet*, 1955.128, note Ponsard, relevant que « sous couleur d'appliquer la loi française [la décision étrangère] en méconnaît « entièrement les dispositions, puisque aussi bien l'enfant ayant déjà un tuteur « légal, il n'y a pas en principe à le munir d'un tuteur datif ».

(31) Sur les deux arrêts, cf. *Revue*, 1966.289, note P. Lagarde.

(32) 13 déc. 1967, *Revue*, 1969.94, note P. L.

« que le juge a un pouvoir de contrôle qui l'autorise à censurer une « décision étrangère qui n'a respecté que formellement la règle de « conflit française en *dénaturant au fond la loi française* qu'elle pré-
« tendait appliquer ».

Et, accordant l'exequatur, elle fait en deux motifs une distinction nette dont les termes justifient qu'ils soient ici reproduits : « Attendu « que la juridiction saisie de la demande d'exequatur *n'a pas à exami-
« ner la valeur de la décision sous le double rapport de l'appréciation
« des faits et de l'application des règles de droit* ; Attendu que la Cour « d'appel mixte d'Hanoï a effectivement appliqué aux parties de « nationalité française la loi française qui était compétente d'après « les règles françaises de conflit de lois *sans la dénaturer ouvertement* ; « que le contrôle dont la Cour de céans est investie ne lui permet pas « d'examiner *l'application de cette loi* aux faits de la cause, de vérifier « les documents sur lesquels les juges étrangers ont fait porter leur « examen, d'interpréter la valeur de ces documents et de critiquer « l'appréciation des faits ».

B. — ADMISSION DE L'ÉQUIVALENCE.

495. — L'admission de l'*équivalence* est, en quelque sorte, la contre épreuve du contrôle de la dénaturation. Seule compte à nos yeux la solution de droit, qui doit être celle que nous étions en droit d'attendre de l'application de la loi compétente : nous ne saurions nous satisfaire d'une désignation toute formelle de la loi compétente, mais nous admettons volontiers l'application d'une autre loi si elle conduit à des solutions équivalentes. C'est l'absence de formalisme qui est donc la règle en ce domaine.

Tout en lui reconnaissant des effets bénéfiques, on ne se fait pas faute de critiquer la théorie de l'équivalence. Outre qu'on y voit la ruine même du principe de consultation du droit international privé du for dans le contrôle de la compétence législative (33), on affirme que sa mise en œuvre « implique un véritable examen au fond, et par conséquent, un certain droit de révision » (34).

Aussi bien certains tenants du système de l'équivalence sont-ils allés jusqu'à proposer sans ambages le maintien d'un certain droit de contrôle, dans la limite nécessaire à la recherche de l'équivalence (35).

(33) En ce sens : J. D. BREDIN, Communication préc. relative aux conséquences de l'arrêt *Munzer*.

(34) Note A. Ponsard sous l'arrêt *Lundwall*, *Clunet*, 1958.1016.

(35) En ce sens : P. BELLET, Communication préc. (*La jurisprudence du Tribunal de la Seine...*) ; P. MALAURIE, *L'équivalence en droit international privé*, D., 1962, p. 219 : « on ne peut accorder au juge de l'exequatur le pouvoir d'apprécier l'équivalence qu'en lui accordant la révision au fond, on ne peut lui retirer le pouvoir de révision qu'en lui retirant le pouvoir de juger des équivalences », qui relève toutefois que les termes du dilemme sont excessifs.

Il est curieux de constater que ce problème de compatibilité entre révision et recherche de l'équivalence, n'a été soulevé que de façon récente par la doctrine, bien qu'historiquement, l'équivalence soit depuis longtemps pratiquée par les juges du fond, précisément en des matières d'où le droit de révision était exclu ! (36).

Sur quoi fonder cette (nouvelle) incompatibilité ? Essentiellement sur le fait que le juge de l'exequatur est amené, pour déterminer l'existence d'une équivalence, à faire un double examen : examen de la qualification des faits ; examen de l'admissibilité des preuves.

496. — Un choix préalable commande l'examen du problème. En effet, *que doit-on comparer* ? La teneur des lois en présence ? Ou les résultats concrets ?

La tendance est à l'affirmation que « le juge ne peut pas limiter son appréciation de l'équivalence à comparer deux textes législatifs : c'est l'analogie des solutions qu'il doit rechercher » (37). Encore une fois, on écarte les critères purement formels pour ne s'attacher qu'à la substance des solutions de fond. Qu'en est-il en réalité ?

Nous pensons que, pratiquement, la recherche de l'équivalence se limite — et c'est heureux — au contrôle d'une identité (ou comparabilité) des solutions au niveau législatif. C'est heureux, parce que, ne pouvant se livrer aux études comparatives qu'un contrôle autrement conçu exigerait, privé des éléments du dossier qui le lui permettraient, le juge de l'exequatur est empêché d'aller plus avant : les éléments de droit et de fait lui feraient défaut.

C'est tout-à-fait défendable en théorie si, comme nous le proposons, on limite le contrôle de la loi réellement appliquée à la vérification de l'absence de dénaturation. Nous avons dit : ce sont les deux aspects d'un même problème. Nous le vérifions ici. Le juge de l'exequatur va rechercher si, sur les points essentiels, la loi X offre les mêmes solutions que la loi Y compétente, de même que, si la loi Y avait été déclarée applicable, il aurait vérifié si une erreur grossière n'entachait pas sa mise en œuvre (38).

Aller plus avant serait se livrer à une démarche de même nature que celle dont procède le contrôle de la fausse application, obli-

(36) Cf. *infra*, n° 499.

(37) P. MALAURIE, *préc.*, p. 218.

(38) La jurisprudence a cependant un certain penchant à élargir la notion d'équivalence lorsque la loi qui eût dû être appliquée est la loi française : ce sont les résultats concrets de l'application de la règle de droit qui seront alors considérés (voir en ce sens, P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. intern. Dalloz*, V° *Jugement étranger (matières civiles et commerciales)* nos 230 et s.). Un tel contrôle est évidemment facilité par la familiarité que possède alors aux yeux du juge de l'exequatur l'application de la loi compétente selon ses règles de conflit. Ceci manifeste un lien supplémentaire avec le contrôle de la dénaturation, plus facilement mis en œuvre lorsqu'il s'agit de la loi française. Ces commodités concrètes ne nous paraissent pas cependant devoir conduire à exclure le contrôle de la loi appliquée dans tous les cas où la loi française n'est pas concernée, comme certains le proposent (cf. *infra*, n° 510).

geant le juge de l'exequatur à examiner de nouveau les faits de l'espèce et apprécier leur bien-jugé.

497. — Nous croyons d'ailleurs que le problème est largement théorique, et qu'il n'existe guère d'hésitation dans l'esprit des juges sur le choix à opérer entre textes législatifs ou solutions de fait.

Prenons un exemple, tiré de *l'affaire Lundwall*. Lundwall, Autrichien, et la dame Villada y Sanchez, Cubaine devenue double nationale par son mariage, avaient établi leur domicile matrimonial en Autriche. La femme se retira dans sa famille à Cuba, et demanda le divorce au Tribunal d'Almendarès (La Havane). Un jugement en date du 23 mars 1955 le lui accorda.

Lundwall s'oppose à la demande, formulée par sa femme, de transcription du divorce sur les registres français, soulevant, entre autres motifs, l'incompétence de la loi appliquée au fond : aux époux de nationalité différente, la loi autrichienne du domicile commun aurait dû être appliquée, non la loi cubaine.

La Cour de Paris (39) relève toutefois « qu'en appliquant la loi « cubaine, il n'apparaît pas que le Tribunal d'Almendarès ait *substantiellement* méconnu les dispositions de la loi autrichienne, ni « quant aux causes du divorce, ni quant à ses effets personnels... « que la décision cubaine répond ainsi au fond aux exigences des « dispositions *essentiels* autrichiennes sur le divorce et que si, en « l'occurrence, il n'y a pas identité, il y a du moins *équivalence* de « contenu entre la loi applicable et la loi appliquée... », et rejette l'appel de Lundwall.

Concluons que le juge de l'exequatur ne peut contrôler la *qualification des faits* qui, même si on la regarde comme une question de droit et non de fait, l'entraînerait à des investigations beaucoup trop poussées, théoriquement et pratiquement.

498. — Quant au contrôle des *moyens de preuve*, il pose un problème tout différent. Dans certaines matières, en effet, et le problème ne se pose que pour elles, les dispositions relatives aux preuves sont étroitement rattachées aux exigences de fond, au point d'en être indissociables et de revêtir elles-mêmes le caractère d'*exigences de fond*. C'est le cas en matière de divorce (40), de filiation (41). Lorsqu'en de telles matières, le juge de l'exequatur contrôle les moyens de preuve utilisés, c'est qu'en réalité il fait de nouveau jouer sa règle de conflit, avec les conséquences que cela entraîne notamment au niveau de l'équivalence. Ce phénomène ne se produit pas dans les matières où les règles de preuve reprennent leur naturelle autonomie qui les fait relever de la loi de procédure, loi du for.

(39) 4 févr. 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10612, note P. Francescakis ; *Revue*, 1958 389, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1958.1016, note Ponsard.

(40) Voir l'affaire *Figué*, préc.

(41) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., t. II, 1971, n^{os} 470-471.

Ce problème est donc parfaitement distinct de celui de la révision au fond.

499. — En réalité, il faut voir dans ces critiques et cette discussion l'expression, chez certains, d'une véritable hantise de la résurrection du droit de révision. Cette crainte apparaît aussi bien chez les auteurs (42) que dans certaines décisions de jurisprudence (43).

A son encontre, il faut constater que le contrôle de la loi appliquée fonctionne, avec ses données inhérentes, depuis un certain nombre d'années, et qu'il fonctionne précisément dans ces matières — état et capacité des personnes — d'où le pouvoir de révision est depuis longtemps exclu. On ne voit pas que cela ait été source de difficultés.

Aussi bien voyons-nous, notamment chez les auteurs, non pas l'expression de craintes réelles, mais celle du désir de voir supprimer tout contrôle de la compétence législative. Oubliant souvent que la compatibilité entre ce contrôle et l'exclusion de la révision était depuis longtemps établie, ils ont vu dans l'arrêt *Munzer* une occasion de formuler de nouvelles et injustifiées critiques, non seulement contre le contrôle lui-même, mais encore contre ses atténuations.

Paradoxalement, et plus insidieusement, certains de ces auteurs voient dans la façon dont elle est mise en œuvre une exigence vide de tout sens, « dont les jours apparaissent de plus en plus comptés » (44), et tendent la hache destinée à retrancher de l'arbre vivant de l'exequatur ce rameau défunt. Mais de ce qu'une arme est peu utilisée, il n'en faut pas conclure qu'elle soit inutile. Le contrôle de la loi appliquée, exercé selon les vues de notre propre système, demeure ainsi, parmi les conditions de plus en plus réduites mises à la reconnaissance de l'efficacité internationale des décisions étrangères, une véritable clause de sauvegarde dont nous allons voir à présent qu'elle s'impose comme une nécessité logique.

(42) Voir B. GOLDMAN, note préc. sous l'arrêt *Munzer*, et NADELMANN, « French courts recognize Foreign Money-judgements : One Down and more to go », *American Journal of Comparative Law*, vol. 13, n° 1, 1964, p. 72 et s., qui voit dans ce contrôle un véritable pouvoir de révision au moins partielle, accordé au juge mais, de façon curieuse, propose de ne l'abandonner — semble-t-il — que dans les matières patrimoniales. Or, comme il est dit au texte, le pouvoir de révision, si révision il y a, est depuis longtemps banni du domaine des droits extra-patrimoniaux.

(43) Cf. l'arrêt *Lestrade de Kyvon*, Paris, 2 févr. 1961, *Revue*, 1961.566, note P. Francescakis, exprimant une telle crainte au sujet du contrôle de la régularité de la procédure en fonction de la loi du for étranger (exclu, depuis, par l'arrêt *Bachir*, Cass., 4 oct. 1967, préc.).

(44) Note P. Lagarde, *Revue*, 1969.97.

SECTION II

NÉCESSITÉ DU MAINTIEN DU CONTRÔLE
DE LA LOI APPLIQUÉE

500. — Nous avons été amené au contraire à défendre l'idée que, positivement, et même atténuée comme elle l'est par la jurisprudence, cette exigence du système français de l'exequatur a un rôle important à jouer. Bien loin de penser que son abandon s'imposera comme « une réforme inéluctable » (45), nous estimons que son maintien découle d'une double nécessité, à la fois pratique et rationnelle.

§ 1. — Nécessité pratique du maintien de ce contrôle

501. — Cette nécessité est, en quelque sorte, envisagée négativement. Il s'agit en effet de relever les diverses *conséquences* qui résulteraient de la *disparition*, dans le droit français, du contrôle exercé sur la loi appliquée conformément à notre propre droit international privé.

Très généralement, on relève les liens étroits qui existent entre le contrôle de la compétence judiciaire et le contrôle de la compétence législative. Ce lien existe surtout dans l'esprit d'auteurs qui, pressés d'accorder des concessions de plus en plus nombreuses à l'ordre juridique international, estiment qu'un renforcement du contrôle de la compétence du juge justifierait la disparition de celui de la compétence législative. On relève également, mais nous avons vu ce qu'il fallait en penser (46), des liens entre le contrôle de la loi appliquée et la révision au fond.

Tout cela masque le fait que le contrôle de la loi appliquée est en étroite relation avec d'autres éléments relevant du système général de règlement français des conflits de lois qui sont : la notion de droits régulièrement acquis, l'effet atténué de l'ordre public, et le contrôle de la fraude à la loi dans l'instance en exequatur. Il en résulte que l'abandon de ce contrôle entraînerait, vis-à-vis de ces éléments, des conséquences dont la gravité n'égalerait que celle du bouleversement du droit de l'exequatur qui s'ensuivrait. Nous reprendrons rapidement ces divers points.

(45) G. HOLLEAUX, *Revue*, 1963, p. 116.

(46) Voir *supra*, n^{os} 489 et s.

A. — LA VÉRIFICATION DE LA LOI APPLIQUÉE DANS LE RÈGLEMENT FRANÇAIS DES CONFLITS DE LOIS.

502. — La notion de *droits régulièrement acquis* à l'étranger, ancienne déjà, semble bien ancrée en jurisprudence. L'élément le plus important de sa définition est l'allusion faite à la *régularité* de la naissance du droit dont on entend se prévaloir en France. On entend par là qu'il n'y a de droits acquis que conformément à notre système de règlement des conflits (47).

Il va de soi, à moins de voir dans toute situation de fait élaborée à l'étranger un droit régulièrement acquis, que cette notion ne peut subsister dès lors que l'on supprime le contrôle de la loi appliquée selon notre règle de conflit. La disparition de l'un entraîne celle de l'autre. C'est la ruine de la jurisprudence *Rivière*.

503. — En logique conséquence, il ne saurait non plus être alors question d'*effet atténué de l'ordre public*, puisque cette atténuation aux effets de l'exception d'ordre public suppose que le droit susceptible de heurter nos conceptions ait été acquis en conformité de notre système de conflit (48).

Nous ne saurions faire usage ici de notre règle de conflit, alors que nous l'aurions exclue du contrôle des jugements étrangers, source, le plus souvent, de ces droits « acquis ».

Dans ce cas, à la vérité, on constate que la disparition du contrôle de la compétence législative entraînerait plutôt des conséquences contraires à un esprit de coopération internationale. Faisant jouer

(47) Cf. P. HÉBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Revue*, 1968, p. 246, note 1, qui relève que la doctrine française avait vu dans le respect des droits acquis, de la régularité d'acquisition d'un droit, non un principe propre, mais une « application indirecte et prolongée du conflit de lois » et cite en ce sens MM. Batiffol et Loussouarn ainsi que P. Lerebours-Pigeonnière.

Il est notable que ce soit à propos de droits acquis que l'arrêt *Rivière* ait dégagé un nouveau rattachement, qui ne s'est étendu aux actions directes que postérieurement. Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 9^e éd., par Y. LOUSSOUARN, nos 387 et 420 en ce sens.

La Cour de cassation ne s'est pas départie de la position adoptée en 1953, et énonce constamment que « la réaction à l'encontre d'une disposition d'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français » : Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 1958, D., 1958.265, note R. Lenoan ; S., 1958.199.

(48) En ce sens : Paris, 1^{er} juill. 1970, *Revue*, 1970.718 et la note de M. J. Foyer spéc. p. 727, et Paris, 18 juin 1971, D.S., 1971.461, concl. Granjon, arrêt confirmatif selon lequel « une disposition [d'un accord privé] contraire à l'ordre public interne n'est pas nécessairement privée d'effet en France, dès lors que le droit a été acquis sans fraude à l'étranger conformément à la loi reconnue compétente par les règles françaises de droit international privé », arrêt rendu conformément aux conclusions de l'avocat général Granjon, qui rappelait les termes de l'arrêt, préc. (n° 502, note 47), de la Cour de cassation en date du 28 janv. 1958.

pleinement l'effet de notre ordre public « international », nous perdriions d'un côté ce que nous prétendrions gagner de l'autre, ou encore, sous un autre angle, nous reprendrions d'une main ce que nous ferions mine d'abandonner de l'autre.

504. — La disparition du contrôle de la loi appliquée entraîne, par contre, un effet opposé de trop grande facilité en excluant, par elle-même et inéluctablement, la vérification de l'absence de fraude à la loi dans l'instance en exequatur.

Tous ne l'ont pas vu qui, comme M. P. Lagarde, continuent d'affirmer que « le juge français de l'exequatur n'aurait plus qu'à vérifier si la décision rendue au fond est conforme à l'ordre public international français et si elle ne recèle pas une fraude à la loi » (49).

Fraude à la loi : il ne s'agit pas de la fraude entendue en son sens général, susceptible de corrompre, mais bien de la fraude au sens du droit international privé, c'est-à-dire le détournement des règles de conflit par l'utilisation intentionnelle d'un élément de rattachement, la fraude telle que l'entendait l'arrêt *Munzer*, telle qu'on l'entend en général, y compris M. Lagarde.

En quoi consisterait donc ce contrôle de la fraude si l'on ne vérifiait plus la compétence législative ? Que nous importerait la fraude perpétrée contre la règle de conflit étrangère et, surtout, comment pourrions-nous la relever sans nous immiscer de nouveau dans le contrôle de la loi applicable ? *Cette position est insoutenable.*

M. Goldman (50) pensait qu'il n'y avait pas forcément incompatibilité : « La méconnaissance du droit international privé étranger n'entraînerait alors refus d'exequatur que si elle résultait d'une fraude à la loi qu'il désigne ». Mais c'est impossible, car la fraude à la loi entraîne l'application d'une loi réellement incompétente. Donc, vérifier l'absence de fraude équivaut à vérifier la compétence législative.

Aussi M. Goldman semble-t-il revenir sur cette première opinion et, dans sa note sous l'arrêt *Bachir* (51), se montrer beaucoup plus réservé que M. Lagarde : « Refuser l'exequatur, pour ce motif, n'est-ce pas finalement le refuser parce qu'il n'a pas été fait application de la loi étrangère compétente, et ce refus ne revient-il pas à exercer de ce chef, sur le jugement étranger, un contrôle que l'on aura cependant banni... » ? Le contrôle de la fraude à la loi réintroduirait donc fatalement celui de la loi appliquée. Inversement, la disparition de celle-ci entraînerait l'exclusion de celle-là.

Cette vérification d'une absence de fraude ne pourrait par ailleurs être opérée d'après le droit international privé étranger : si nous relevons la fraude faite à la loi de fond, française ou étrangère, c'est que la fraude qui a été réellement perpétrée l'a été à l'encontre

(49) *Revue*, 1968, p. 103.

(50) Note sous l'arrêt *Munzer*, p. 308-309.

(51) *Clunet*, 1969, p. 106.

de notre règle de conflit (52). L'état des relations internationales n'est pas tel que nous devions assurer de nos sanctions le respect des règles de conflit étrangères, si ce n'est dans l'hypothèse où celles-ci ont fonctionné sur l'indication de notre propre droit international privé, à la suite d'un renvoi.

B. — LA VÉRIFICATION DE LA LOI APPLIQUÉE DANS LE CONTRÔLE DE RÉGULARITÉ INTERNATIONALE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS.

505. — A quoi se réduirait donc, en l'absence de cette vérification, le contrôle du juge de l'exequatur — ou plus généralement du juge chargé de vérifier la régularité internationale d'un jugement étranger ? Selon l'énoncé de l'arrêt *Munzer*, le contrôle de la compétence du juge étranger et de la régularité de la procédure s'ajouterait à la vérification de l'absence de fraude à la loi et de la compatibilité du jugement étranger avec l'ordre public français. Mais la doctrine a proposé de limiter le contrôle de compétence juridictionnelle aux cas où les tribunaux français sont compétents et même, plus récemment, de le réduire à un contrôle de conformité à l'ordre public (53). De façon semblable, il a été reconnu que la condition d'absence de fraude à la loi n'était pas à proprement parler distincte de celle de l'ordre public dont elle ne constituait qu'un aspect. Le contrôle de la régularité de la procédure suivie à l'étranger lui-même se fonde dans le sein de l'ordre public, depuis que l'arrêt *Bachir* l'a réduit au respect de « l'ordre public international et des « droits de la défense »... »

A suivre les tendances qui se sont développées en jurisprudence et en doctrine depuis 1964, on voit donc que le contrôle de la régularité internationale des jugements étrangers deviendrait purement et simplement un contrôle de la compatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public international français, magma dangereux car il permet de reconstituer et ce, de la manière la plus imprévisible, toutes les barrières que l'on a prétendu ôter. Il permettrait, entre autres, de faire renaître, comme l'a montré l'exemple de certains droits étrangers et de l'interprétation de certaines conventions internationales (54), comme le suggère aussi le développement historique du droit français, le contrôle de la compétence législative que l'on a voulu exclure.

(52) Si la doctrine, parfois suivie de la jurisprudence, se montre de plus en plus favorable à l'extension du contrôle de la fraude à la loi au cas où la loi compétente est étrangère, elle appuie cette solution par l'argument selon lequel la fraude sanctionnée est celle produite à l'encontre de la règle conflictuelle française — ce qui justifie notre intervention —, non la fraude vis-à-vis de la loi étrangère, elle-même. Cf. H. BATIFFOL, *Traité*, 5^e éd., n° 373, p. 443.

(53) Voir en ce sens, la thèse de M. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, 1970.

(54) Cf. *supra*, n°s 470 et s.

Il est clair qu'un tel contrôle épuré, ou bien ne produirait pas l'effet escompté en raison du caractère discrétionnaire et imprévisible de l'ordre public, ou bien ne suffirait pas à assurer la protection de l'ordre juridique français, objet de l'exequatur pour la Cour de cassation. Tout dépendrait de l'attitude des tribunaux (55).

506. — S'il est vrai que la liste posée par l'arrêt *Munzer* appelle des modifications, ce n'est pas nécessairement dans le sens d'un allègement (56). Notre système d'exequatur ne peut se réduire à un simple contrôle de l'ordre public mais doit consister en un nombre défini d'exigences clairement précisées sans la satisfaction desquelles il n'existe pas pour nous de jugement régulier, digne que nous prêtions le concours de notre force publique pour en assurer l'exécution sur notre territoire. Le droit français n'est pas, quoi que l'on en pense, et si on le compare à de nombreux systèmes étrangers, très rigoureux à cet égard. Notamment, à la différence des pays qui n'admettent chez eux l'effet des jugements étrangers que sur la base d'un traité international ou de la condition de réciprocité, notre position ne procède pas d'un refus de principe doté d'exceptions vis-à-vis des sentences étrangères. Elle se fonde au contraire sur un principe favorable à la reconnaissance de celles-ci. Cependant, l'admission dans notre ordre juridique de décisions rendues à l'étranger étant chose grave, nous ne pouvons en faire bénéficier n'importe quelles décisions mais seulement celles qui expriment des vues analogues aux nôtres sur le règlement des relations internationales. Nous approchons ainsi des justifications rationnelles qui font du contrôle de la loi appliquée une nécessité logique et non seulement pratique.

(55) Cf., en ce sens également, M. BATIFFOL (note à la *Revue*, 1970, p. 122) : on peut craindre, écrit cet auteur, « ou un nouvel abus de cette notion, ce qui ne serait pas un progrès, ou des dangers d'un ordre opposé ». Il est surtout regrettable, ajoutons-nous, de revenir en arrière par rapport à l'arrêt *Munzer* qui, en rejetant la révision et en énonçant les conditions de régularité des jugements étrangers, avait rationalisé la matière de l'exequatur. Voir aussi la critique pertinente et incisive de M. G. COUCHEZ, note à la *Revue*, 1971, p. 550 qui voit dans un contrôle réduit à l'ordre public une « régression ».

(56) Parmi les conditions indispensables à l'exequatur ou à la reconnaissance, doivent en effet figurer certaines exigences « techniques » propres à assurer la régularité formelle de la décision (notamment autorité de chose jugée et authenticité de l'acte produit).

§ 2. — Nécessité logique du maintien de ce contrôle

A. — JUSTIFICATION RATIONNELLE.

507. — Martin, nous l'avons vu, déduisait la nécessité de ce contrôle de la protection de l'ordre juridique interne, soit de son ordre public pris en ses règles de conflit.

Ce n'est pas, comme on l'a soutenu, une vue périmée, puisque la Cour de cassation, dans l'arrêt *Munzer*, a défini « la protection de l'ordre juridique et des intérêts français » comme l'objet même de « l'institution de l'exequatur ».

Ce n'est pas non plus une vue de l'esprit, mais le témoignage d'une profonde concordance existant entre l'action directe et l'action en exequatur devant le juge français.

Soit un mariage, un contrat, un divorce, une filiation..., autant de situations juridiques qui sont nées, ont développé leurs conséquences en échappant par quelque point que ce soit au système juridique français, parfois en y restant parfaitement étrangères. Il va de soi que de telles situations, sauf circonstances particulières, se sont pratiquement créées sans aucune considération pour l'ordre juridique, le droit international privé d'un for hypothétiquement ultérieur. Lorsque ce for sera cependant saisi d'une action directe, ces situations juridiques feront l'objet d'une emprise totale de la part du système de conflit de ce for (étant entendu qu'il n'y a pas lieu, pour nous, de réserver le cas où la situation s'est développée hors de tout contact avec le système juridique du for).

Il importe peu, à cet égard, qu'il s'agisse d'une action directe ou d'une action en exequatur, que la situation juridique ait déjà fait ou non l'objet d'un jugement à l'étranger : à nos yeux, il s'agit toujours de prétendre faire produire, en France, ses effets à une situation juridique donnée. Et, puisque c'est dans l'ordre juridique français que cette situation veut s'intégrer, il est juste que cet ordre juridique détermine si cette situation est acceptable ou non, selon ses propres vues. Or, la nécessité du respect d'une certaine loi compétente à nos yeux comme règle générale relève de ces vues (57).

508. — Lorsque la situation juridique nous est soumise par le biais de l'exequatur, deux possibilités se présentent.

Dans un premier cas, le jugement étranger n'a fait que constater la situation juridique pour en tirer des conséquences fixant les droits des parties. Il a, par exemple, déterminé que les époux étaient mariés sous tel régime matrimonial, et en a déduit les règles

(57) On ne peut nous objecter la distinction entre droits acquis et acquisition des droits puisque, précisément, le droit positif n'admet de droits acquis que régulièrement, eu égard aux règles de conflit du for.

de liquidation du régime. Pourquoi alors ne contrôlerions-nous pas la loi applicable, selon nos conceptions, à cette situation, comme nous l'aurions fait si nous avions eu à la trancher directement ?

Dans un second cas, c'est le jugement étranger qui a réellement créé la situation. Par exemple, il a prononcé le divorce d'entre les époux et réglé les problèmes qui en découlent pour les anciens époux et les enfants. C'est cette situation qu'il nous est donné d'apprécier. Mais le fait qu'elle soit issue d'un jugement ne change rien à sa nature profonde, ne change rien, donc, aux conditions de régularité qu'elle doit remplir vis-à-vis de notre système juridique auquel elle prétend s'imposer. En effet, « si la loi française répartit par ses règles de conflit les matières du droit privé entre les différents systèmes législatifs, cette répartition vaut aussi bien pour le cas où le juge français est sollicité de donner effet en France à un jugement étranger que pour celui où il est directement saisi du litige » (58).

En d'autres termes, nous ne cherchons pas à « exporter systématiquement » notre conception du règlement des conflits : nous désirons simplement défendre notre ordre juridique, c'est-à-dire notre propre conception des rapports internationaux. On est donc amené à conclure à la nécessité d'un règlement unique qui veut que, en toutes hypothèses, le juge français contrôle la régularité de la compétence législative selon ses règles de conflit.

Ainsi, vis-à-vis de l'ordre juridique français, *seul concerné* puisque c'est lui qui doit accepter en son sein la situation juridique, c'est toujours la même règle de conflit qui s'appliquera, la même solution qui en découlera, quel que soit le tribunal saisi. D'où l'avantage évident d'éviter le *forum shopping*, l'incertitude et la fraude trop facile. Aussi le contrôle de la loi appliquée est-il ressenti, chez nos praticiens, comme un facteur de sécurité juridique (59).

Si, pour toutes ces raisons, un abandon pur et simple du contrôle ne peut guère être envisagé, ne peut-on concevoir d'en limiter l'application ?

509. — Que faut-il penser de l'atténuation proposée, selon laquelle nous devrions écarter ce contrôle, au moins lorsque le litige n'avait *aucun point de rattachement avec le for* ?

C'est une idée qui, introduite par M. Francescakis à propos des actions directes, a été transposée dans le domaine des effets des jugements étrangers. Ses partisans semblent nombreux, nombre qui ne les a pour autant pas amenés à justifier leur exception. Or, si nous estimons déjà critiquable cette thèse en matière d'action directe (60), nous la rejetterons de même dans le cadre du contrôle de l'exequatur.

(58) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 5^e éd., 1971, p. 438-439, n° 726.

(59) Voir les *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1965, p. 251 et s., intervention de M^e Thibierge : l'absence de contrôle serait un élément « d'insécurité redoutable ».

(60) Voir *supra*, n° 421 et s.

On a pu essentiellement lui adresser deux reproches, que nous ne ferons que rappeler : tout d'abord, la notion de défaut d'attache avec le système du for est imprécise, encore plus imprécise pour les actions en exequatur que pour les actions directes. Ensuite, si l'on rejette la règle de conflit du for, à quel système de conflit faudra-t-il se référer, particulièrement dans le cas où deux jugements étrangers seraient simultanément présentés à l'exequatur ? Toutes difficultés inhérentes au système même, mais accrues du fait qu'il a été conçu en contemplation des seules actions directes (61).

La suggestion ainsi faite a cependant tenté plus d'un esprit, et M. Batiffol lui-même s'est demandé s'il n'y avait pas en ces circonstances « une occasion de sacrifier nos propres conceptions à la collaboration judiciaire internationale » (62). Cette tentation intellectuelle s'était, en 1959, concrétisée dans l'article XX du second *projet de réforme du droit international privé français* qui, maintenant le principe du refus d'exequatur au jugement qui n'aurait « pas appliqué la loi compétente d'après les règles françaises de conflit de lois » (*al.* 1), sauf équivalence de solutions (*al.* 3), déclare que « l'exequatur est néanmoins accordé si la loi appliquée par le jugement étranger est celle que désignent les règles concordantes de conflit de lois des Etats avec lesquels la situation présentait lors de la décision des éléments de rattachement » (*al.* 2).

Une telle convergence des systèmes intéressés est-elle plus facilement réalisable que la convergence des systèmes respectifs du juge étranger qui a statué et du juge français de l'exequatur ? Quel système, sinon le système français, décidera des Etats avec lesquels la situation présentait des « éléments de rattachement » ? Cette solution serait en fait une solution également française, mais subsidiaire, au conflit des systèmes ainsi relevé à tort, solution d'inspiration unilatéraliste (63), qui consisterait curieusement à faire abandon de nos propres conceptions lorsqu'elles ne sont pas celles du plus grand nombre.

510. — Nous sommes, de même, opposé au système qui consiste à distinguer selon que la loi applicable au fond est ou non la loi française, réservant au premier cas la consultation de la règle de conflit française. Ce n'est à vrai dire qu'un cas particulier de l'idée précédemment développée, en vertu de laquelle notre droit international privé n'interviendrait que lorsque notre ordre juridique est suffisamment intéressé : là où l'ordre juridique français n'impose pas sa loi interne, là s'arrêterait toute volonté de réglementation française (64).

(61) En ce sens, voir D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, préc.

(62) *Traité*, 5^e éd., n° 726, p. 440. Voir déjà la note à la *Revue*, 1964, p. 349.

(63) Cf. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *Revue*, 1971, p. 446.

(64) *Id.*, p. 447.

Mais il n'en est rien ; notre ordre juridique est précisément concerné puisque c'est à lui que prétend s'agréger la situation juridique. De plus, quelle que soit la loi, étrangère ou française, en cause, il s'agit toujours de faire produire à notre propre conception des rapports internationaux et des répartitions de compétences législatives les conséquences qui s'imposent.

De toute manière, la distinction que l'on prétend imposer repose sur une hypocrisie : on écarte la règle de conflit française si la loi française n'est pas en cause, au fond. Mais qui nous dira, si ce n'est justement notre règle de conflit, si la loi française est, ou non, applicable ? Voici donc que la répartition des compétences entre règle de conflit du for et étrangère repose sur un critère abandonné à la discrétion de la règle de conflit du for !

Au surplus, elle ne repose sur aucun motif logique. Veut-on, par ce moyen, « protéger » le domaine d'application de la loi française ? Mais ce domaine d'application, nécessairement limité, est déterminé par la règle de conflit : c'est donc elle qu'il faut respecter et, règle de conflit bilatérale, elle nécessite le respect quelle que soit la loi qu'elle désigne. Veut-on « protéger » le national français, à l'instar de la législation allemande ? Mais la loi française ne s'applique pas toujours aux Français ; elle ne s'applique pas qu'aux Français. Cette proposition va d'ailleurs curieusement à contre-courant d'une évolution telle que semble la connaître le droit allemand (65).

Enfin, on a fait remarquer un autre anachronisme de cette proposition : elle méconnaît la tendance qui veut que, de mieux en mieux, la loi étrangère soit traitée comme la loi du for (66). Pourquoi resterions-nous indifférents, pour reprendre l'exemple connu du Doyen P. Lerebours-Pigeonnière, devant le divorce de deux Italiens prononcé en vertu de la loi new Yorkaise alors que notre règle de conflit, coïncidant avec la règle italienne, donne compétence à la loi matérielle italienne ?

511. — A la vérité, nous ne reconnaissons, approuvant par là la pratique judiciaire, qu'une seule atténuation justifiée par la logique.

Ce contrôle que nous établissons peut être restreint aux *matières dans lesquelles les parties ne peuvent transiger*, car il ne leur appartient pas de renoncer à la loi qui leur est applicable, encore moins de déterminer par leur volonté le choix de la loi. C'est, nous l'avons vu, la forme sous laquelle un tel contrôle est pratiquement le plus souvent retenu, tant dans les pays étrangers que dans les conventions internationales.

Cela est justifié, car la situation serait identique en cas d'action directe. Puisqu'il faut, selon nous, une directive unique, il est logique de reconnaître les mêmes limites au jeu des mêmes règles.

(65) Cf. *supra*, n° 469.

(66) Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, n° 727, p. 440, note 36.

Nous estimons donc parfaitement justifiée la jurisprudence qui, tout en limitant pratiquement le contrôle aux matières d'état et de capacité, donne au juge de l'exequatur, dans ces matières, le pouvoir de contrôler d'office la régularité internationale du jugement étranger (67). Il importe peu, pour la jurisprudence comme pour nous, que la loi en cause soit ou non française (68).

512. — Une objection s'élève contre cette argumentation que nous avons développée : comment exiger du juge étranger qu'il ait appliqué notre règle de conflit, tenu qu'il est, en droit comme en fait, d'observer la sienne ? Le principe dégagé reposerait alors sur une coïncidence, et toute règle reposant sur une coïncidence est regrettable.

Ce n'est pas ainsi qu'il faut aborder la question. Certes, le juge étranger applique, a appliqué son propre système de conflit. Il ne peut faire autrement. Cela est vrai. Mais nous, ensuite, rien ne nous empêche, tout nous fait obligation, d'appliquer à notre tour *notre* règle de conflit : nous jugerons uniquement des résultats de la comparaison.

Aussi bien l'exequatur ne doit-il pas être le prétexte d'un véritable *abandon* de la règle de conflit du for, mais l'occasion d'une *coordination* — tout comme le renvoi, tel qu'il est compris par la

(67) Cf. Trib. civ. Seine, 11 janv. 1956, *Revue*, 1956.128, note Bellet ; *J.C.P.*, 1956.II.9223, note Louis-Lucas ; *Clunet*, 1956.1022, note B. G. — Paris, 15 nov. 1960, *Clunet*, 1961.768, note Sialelli ; Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, aff. *de Gunzburg*, D., 1962.652, note Malaurie ; *Clunet*, 1963.110, note Bredin.

Ce pouvoir de contrôler d'office la régularité du jugement étranger est cependant mis en cause par l'incertitude que révèle la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, en dépit des fermes motifs de l'arrêt *Munzer* (« Le juge de l'exequatur doit s'assurer... »). En effet l'arrêt Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1969 (*Veuve Kolin c. Fondation Ivo Racid*) *Revue*, 1971.743, note D. Holleaux, rejette comme mélangé de fait et de droit le moyen du pourvoi qui reprochait à la Cour d'appel de n'avoir pas examiné d'office la compétence du juge étranger, la loi applicable et la régularité de la procédure suivie, points qui n'avaient pas été contestés devant elle.

Au contraire, dans un arrêt du 9 novembre 1971, *Dame Camus*, *Revue*, 1972.314, note D. Holleaux, la Cour de cassation décide que « le juge de l'exequatur « doit, d'office, vérifier si la décision étrangère remplit les conditions requises « pour être déclarée exécutoire en France, et constater le résultat de son examen « dans sa décision », et casse l'arrêt qui n'a pas effectué cette vérification (à propos, il est vrai, de l'application d'une convention judiciaire liant la France à la République malgache, du 27 juin 1960). Voir, cependant, dans le cadre de l'application d'une autre convention judiciaire (Convention franco-monégasque du 21 sept. 1949), décidant que l'arrêt qui s'est borné à énoncer que le jugement soumis à exequatur n'était pas contraire à l'ordre public en ajoutant que les conditions d'octroi de l'exequatur posées par la convention étaient remplies, ne peut être attaqué : Cass. civ. 1^{re}, 6 oct. 1971, *Veuve Boucher*, *Revue*, 1972.488, note H. Batiffol, qui estime qu'il n'y a pas contradiction entre cet arrêt et le précédent.

(68) Cf. Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*, *Clunet*, 1964.810, note Bredin ; *Revue*, 1967.340, note Déprez. — Trib. gr. inst. Seine, 1^{er} juill. 1965, *Gaz. Pal.*, 1965.2.411.

doctrine contemporaine — des règles de conflit nationale et étrangère. C'est le seul système satisfaisant à nos yeux, et qui fait une place suffisante à la coopération judiciaire internationale.

On met ainsi en lumière, et d'après nos développements antérieurs, que le contrôle de la compétence législative, tel que nous le pratiquons, ne repose pas sur une *coïncidence*, mais sur une *équivalence*.

Contrairement à ce que l'on soutient, c'est donc l'équivalence, entendue comme le maximum de concession que l'on puisse consentir à l'ordre juridique international, qui est *la règle* et non l'exception en ce domaine. Seul à notre connaissance, M. Malaurie l'a pressenti, qui écrit, à propos de l'exequatur, que « l'objet même de cette instance a pour fin une équivalence » (69).

B. — DE QUELQUES DIFFICULTÉS.

513. — A la lueur de ces développements, il convient à présent de répondre à deux questions de principe soulevées par la mise en œuvre du contrôle de la loi appliquée : le renvoi et l'exception d'ordre public opérés par le juge étranger trouvent-ils place, et laquelle, dans ce système ?

514. — On a prétendu que *le renvoi* serait, en ce domaine, une atténuation à la rigueur de notre système, au même titre que l'équivalence. Les deux techniques sont très différentes et, de l'équivalence nous avons déjà dit qu'elle était une règle, et non une exception. Quant au renvoi-remède, on a souvent estimé qu'il présentait, dans ce rôle, des lacunes et était « plutôt un mal qu'un remède ». On s'est étonné que la Cour de Paris exigeât qu'il soit « homogène et parfait », refusant ainsi de faire un pas de plus vers la coopération judiciaire internationale.

Ce n'est pas ainsi que se présente le renvoi. Il ne faut pas oublier qu'il est un élément du système de règlement des conflits français, susceptible d'opérer dès que le juge met en œuvre sa règle de conflit, ni que le but d'équivalence nous pousse à n'offrir l'exequatur qu'aux jugements étrangers dont les solutions sont analogues à celles que nous aurions directement prononcées.

Ceci étant, le renvoi est susceptible de jouer aussi bien en faveur qu'à l'encontre du jugement étranger, selon que le juge étranger a, ou non, appliqué un renvoi dont nous aurions, ou non, en l'espèce reconnu l'existence : comme nous l'avons dit, le juge étranger applique son droit international privé, nous consultons le nôtre ensuite — chacun d'eux pouvant être affecté d'un renvoi —, et nous comparons les résultats.

Dans l'affaire *Patino*, la Cour de Paris, le 1^{er} juillet 1959 (70) a

(69) D., 1962.218.

(70) *Gaz. Pal.*, 1959.2.212.

refusé l'exequatur à la décision mexicaine qui avait prononcé le divorce entre les époux Patino par application de la loi bolivienne, alors que celle-ci renvoyait, pour l'admissibilité même de l'action, au droit espagnol du lieu de célébration du mariage : cette décision, dit la Cour, « n'a pas été rendue en conformité des règles françaises « en matière de conflits de lois et ne peut être utilement opposée « en France ».

C'est donc un cas où le renvoi, ou sa méconnaissance, c'est pareil, s'oppose à l'effet en France du jugement étranger.

Un exemple de l'effet inverse résulte du jugement *Cau* du Tribunal civil de la Seine du 22 octobre 1956 (71) : le mari Yougoslave, et sa Femme Française, avaient établi leur domicile en Egypte. Le Tribunal de la Seine admet, pour leur divorce, le renvoi opéré par la loi égyptienne compétente à la loi yougoslave, loi nationale du mari.

A la vérité, dans cette affaire, un tribunal égyptien avait statué. On ne peut donc parler pour lui de « renvoi » de la loi égyptienne à la loi yougoslave : c'était simplement une désignation. Mais, pour nous, pays tiers, il y avait bien un renvoi. L'admission du renvoi en l'espèce confirme que le juge de l'exequatur tranche le conflit de lois comme s'il était saisi directement du litige. Et il accorde l'exequatur parce que, par sa désignation directe, la loi égyptienne de conflit aboutit aux mêmes résultats.

515. — Ainsi, l'utilisation du renvoi confirme la volonté de ne pas consacrer la règle de conflit étrangère, mais de coordonner au contraire les deux règles de conflit, dans la mesure où on peut leur reconnaître des résultats équivalents. Il importe donc peu que le renvoi soit le fait du système étranger ou du nôtre : nous dégageons un nouveau rôle de l'équivalence, non plus au stade des lois de fond, mais à celui des systèmes en conflit.

La Cour de Paris a d'ailleurs limité l'admission du renvoi étranger, en exigeant qu'il soit « homogène et parfait », c'est-à-dire qu'il soit un renvoi de système de conflit à système de conflit de lois, et qu'il épuise la vocation de l'Etat auteur du renvoi (72).

Cette limitation paraît une tentative intéressante dans le cadre de la lutte contre les divorces du Nevada et du Mexique. Elle était d'autant plus justifiée en l'espèce que, comme le remarque M. J. Déprez, l'admission du renvoi prétendument fait par la loi de New York à la loi mexicaine eût conduit le juge français à admettre la compétence juridictionnelle du Tribunal de Ciudad Juarez, inexistante à nos yeux, la loi new yorkaise paraissant lier compétence législative et compétence juridictionnelle (73).

(71) *Revue*, 1958.117, note H. Batiffol.

(72) Paris, 1^{re}, 18 juin 1964, de Gunzburg, préc.

(73) Note à la *Revue*, 1967, p. 353. *Contra* : J. D. BREDIN, note au *Clunet*, 1964.810.

516. — Quant à l'ordre public, le problème se pose de la façon suivante : devons-nous reconnaître effet au jugement étranger qui a refusé d'appliquer la loi compétente — à ses yeux et aux nôtres —, en en relevant la contrariété à son ordre public ?

Nous n'avons pas d'exemple de cette question en jurisprudence, mais elle avait été déjà posée par Martin (74), et mérite qu'on s'y arrête un instant.

Bartin y répondait de la façon suivante : « Le juge français n'est fondé à exiger que le jugement étranger respecte les règles françaises du conflit des lois que parce qu'il les aurait naturellement appliquées lui-même ».

On en déduit donc qu'il faut faire une distinction. Si la disposition législative en cause ne heurte pas notre ordre public international, nous ne saurions admettre le jugement étranger qui en a écarté l'application, sans faire produire à l'ordre public étranger un effet inadmissible dans notre propre ordre juridique.

Dans la seconde hypothèse, si nous-mêmes avons écarté la loi étrangère compétente parce qu'elle heurte également notre ordre public, nous pouvons admettre que le juge étranger ait fait de même. Ce n'est pas à son ordre public que nous faisons produire en réalité effet, mais au nôtre.

Mais on se trouve devant une impasse, car comment désigner alors la loi compétente ? Nous aurions, dans cette hypothèse, appliqué la loi du for, la loi normalement compétente étant écartée. Mais si, par identité de motifs, le juge étranger a appliqué sa propre loi, pouvons-nous admettre que sa décision est régulière sans faire, par là, produire un effet à l'ordre public étranger, ou bien devons-nous refuser tout effet à cette décision, que seule l'équivalence pourrait désormais « racheter » à nos yeux ?

517. — Nous pensons qu'en pareille occurrence le système étranger exprime les mêmes vues que les nôtres quant au règlement du rapport dont il s'agit. La difficulté provient du fait que de l'identité de vues ne découle pas la même solution concrète. Faut-il pour ce motif ignorer la communauté d'inspiration ? Nous ne le pensons pas ; l'application de la loi du for ne fait figure, en de telles hypothèses (75) que d'expédient, de solution subsidiaire, presque de pis-aller : son application n'exprime pas une conception fondamentale des rapports internationaux de notre part, et il est donc concevable que cette loi du for soit celle d'un juge étranger.

Cette tolérance qui n'atteint en rien le système français de règlement des rapports internationaux n'exclut cependant pas un contrôle de la loi appliquée : il sera en effet nécessaire de constater que le juge étranger n'a recouru à sa propre loi interne qu'à défaut

(74) *Principes de droit international privé*, t. I, 1931, § 212.

(75) Hypothèses dans lesquelles la loi du for s'applique à défaut de tout rattachement utilisable, aussi bien qu'après le jeu de l'exception d'ordre public.

de toute autre possibilité, dans les cas où nous-mêmes l'aurions fait. Encore une fois, nous n'exigeons pas que les décisions étrangères soient une fidèle reproduction des décisions françaises. Nous exigeons simplement qu'elles révèlent des opinions conformes aux nôtres. Cette notion doit être la ligne directrice de résolution des problèmes qui se posent ou sont susceptibles de se poser.

518. — En conclusion, nous estimons que le contrôle exercé sur la loi appliquée par le juge de l'exequatur selon ses propres conceptions répond à une nécessité qui, si elle n'est pas particulière à notre système juridique, lui est inhérente au point de ne pouvoir en être écartée sans de graves inconvénients.

Sur un plan plus pratique, cette exigence se révèle peu nuisible à un esprit bien entendu de coopération internationale, mais tout-à-fait indispensable à la défense de notre ordre juridique. Aussi la concevons-nous comme un principe général, sans partage, dans le domaine que nous reconnaissons comme sien, soit les matières concernant l'état et la capacité des personnes.

Enfin, nous définirons cette exigence comme étant celle d'une équivalence, entre règles de conflit ou entre lois de fond, qui représente le moyen terme entre la défense de nos intérêts et la satisfaction des besoins de la société internationale.

CONCLUSIONS

519. — De cette étude, nous avons retiré la première certitude que, d'un point de vue strictement méthodologique, le procédé des règles de conflit, sans prétendre à la plénitude de vocation qu'une pensée traditionnelle lui attribuait au sein du droit international privé, conserve, en dépit des solutions originales qu'imaginent parfois législateur ou jurisprudence, une place prééminente. Loin d'être résiduel, il est donc un procédé de droit commun auquel les règles d'application unilatérale ou certaines règles de droit international privé matériel apportent les quelques exceptions irréductibles que connaît tout principe, sans pour autant cesser d'être *principe*. Bien plus, nous avons été amené, constatant la ruine de la distinction entre droit privé et droit public, à étendre son champ d'application.

520. — Dans les relations économiques internationales, l'utilisation des règles de conflit subit cependant, d'indéniable façon, *une crise*. Cette crise est double. Elle affecte d'abord, avons-nous relevé, la « loi d'autonomie » ; et si la soumission des contrats à une loi étatique demeure, devant les juridictions étatiques et, largement encore, devant les arbitres du commerce international, une proposition fondamentale, cette soumission ne résulte plus nécessairement de la mise en œuvre d'une règle de conflit. Cette dernière, dans la mesure où elle subsiste parce que les contractants n'ont pas fait choix de la loi, nécessiterait au demeurant des solutions plus fermes, plus objectives que celles qui se dégagent aujourd'hui de notre jurisprudence. La prévisibilité des solutions, qu'on est en droit d'attendre du mécanisme auquel on persiste ainsi à recourir, est le prix de cet effort.

521. — Un autre aspect de cette crise est révélé par les tendances à l'*internationalisation* qui concernent tant les contrats internationaux — contrats entre particuliers ou entre États et particuliers — que la vie des sociétés commerciales à vocation internationale : elles expriment essentiellement un rejet des solutions du droit matériel étatique que désignerait la règle de conflit, solutions inadaptées aux besoins spécifiques aux milieux d'affaires. Ces tendances ne connaissent encore de larges consécérations que dans le domaine des contrats, instruments essentiels du négoce international,

où les efforts conjugués des commerçants eux-mêmes, de la jurisprudence arbitrale comme étatique, et des Etats — auteurs de conventions internationales — leur répondent dans une mesure toujours plus grande.

Mais loin d'être exclusives les unes des autres, ces diverses méthodes — unification, « internationalisation » du contenu des normes matérielles, et règles de conflit — doivent *se cumuler* afin de parvenir à une réglementation meilleure des rapports internationaux. Nous ne prétendons pas, ainsi, suggérer l'inanité des tentatives que nous venons de rappeler, mais faire constater le caractère pratiquement indispensable du recours aux normes conflictuelles : quelles que soient la qualité et l'envergure des efforts entrepris, ceux-ci ne parviennent guère à assurer l'uniformité — assurément souhaitable — des solutions matérielles. Une telle uniformité, concevable dans un cadre géographiquement limité, demeure chimérique à l'échelle mondiale.

522. — L'unité ne se trouve pas davantage, cependant, du côté des règles de conflit, chaque Etat exprimant selon son génie sa conception de l'ordre international. Si le mérite de la doctrine de ce siècle est d'avoir pu mettre en évidence les conflits de systèmes qui en découlent, est-elle allée au-delà d'une constatation qui, de nos jours, s'impose avec force ? Hésitante, divisée sur la mesure et la détermination des moyens complexes qu'elle propose en vue d'atténuer ces conflits au second degré, cette doctrine à nos yeux n'a réussi, d'heureuse manière, qu'à révéler les périls et difficultés inhérents au reniement de cette solution traditionnelle autant que logique : l'application par le juge de ses propres règles de conflit de lois.

523. — Les diverses tendances propices au déclin du rôle de la règle de conflit bilatérale du for présentent l'insigne intérêt de provoquer la réflexion sur un procédé dont une utilisation d'apparence routinière ferait fâcheusement oublier les qualités intrinsèques. Avons-nous, au cours de cette étude, — en laquelle certains voudront reconnaître une véritable apologie de la règle de conflit — lésiné sur les nécessaires concessions que ces tendances semblaient appeler ? Nous ne le pensons pas et, relevant les limites qui sont *actuellement* les siennes, nous avons cherché à montrer de la règle de conflit qu'elle était *la méthode par excellence* d'un règlement harmonieux des rapports internationaux : or, reprenant de M. Louis-Lucas ces termes, « si une méthode est moins qu'une théorie arrêtée, elle est plus qu'une technique aveugle » (1).

Statisme ... ? Non, car il ne nous appartient de juger que sur ce qui est, non sur ce qui sera peut-être — à la différence de ceux qui

(1) « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Clunet*, 1956, p. 776.

n'avancent d'autre preuve que leur propre volonté de modifier ce qui est : mouvement appolinien contre sursauts dyonisiaques...

Mais réaction, oui : réaction contre les mystiques du droit substantiel international, réaction aussi contre les renaissants fervents de l'unilatéralisme, face auxquels doivent dès à présent se dresser avec fougue ceux qui, prenant bonne part d'une nécessaire évolution des techniques juridiques, se déclarent prêts, comme nous, à militer en faveur d'un *néoconflictualisme*.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BALLADORE-PALLIERI (G.). — *Diritto internazionale privato*, Milan, 2^e éd., 1950.
- BARTIN (E.). — *Principes de droit international privé*, Domat-Montchestien, 3 vol., 1932-1935.
- BATIFFOL (H.). — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.
- *Traité élémentaire de droit international privé*, L.G.D.J., 3^e éd., 1959.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.). — *Traité de droit international privé*, L.G.D.J., 5^e éd., t. I, 1970 ; t. II, 1971.
- BOUHIER (J.). — Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne. *Œuvres de jurisprudence*, Dijon, 1742.
- CURRIE (B.). — *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, North Carolina, 1963.
- DAVID (R.). — *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1964.
- DICEY et MORRIS. — *The Conflict of Laws*, Londres, 8^e éd., 1967.
- DUGUIT (L.). — *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1 et 2, 3^e éd., 1927-28, vol. 3, 4 et 5, 2^e éd., 1921-1925.
- FALCONBRIDGE. — *Essays on the Conflict of Laws*, Toronto, 1954.
- GOLDMAN (B.). — *Droit du commerce international*, Cours de Droit, 1970-71.
- *Droit commercial européen*, Dalloz, 2^e éd., 1971.
- HALSBURY'S. — *Laws of England*, 3^e éd., Londres, 1956.
- KEGEL (G.). — *Internationales Privatrecht*, München u. Berlin, 1960.
- *Das internationale Privatrecht im E. G. B. G. B.*, 2^e éd., 1961.
- KELSEN (H.). — *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.
- KRONSTEIN. — *Crisis of conflict of laws*, 37. Georgetown L.T., 1949.
- LAUBADÈRE (A. DE). — *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., 2^e éd., 1957.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Précis de droit international privé*, Dalloz, 9^e éd. par Y. Loussouarn, 1971.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J. D.). — *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.
- LUNZ. — *Mejdounarodnoe tchastnoe pravo*, t. I, 1959, traduit en allemand sous le titre : *Internationales Privatrecht*, Berlin, t. I, 1961.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). — *Droit civil*, Sirey, t. I, vol. 2 (*Les Personnes*), 2^e éd., 1967.
- MELCHIOR (G.). — *Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlin u. Leipzig, 1932.
- NIBOYET (J. P.). — *Traité de droit international privé français*, Sirey, 6 vol., 1938-1948.

- NIEDERER. — *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1954.
- NUSSBAUM (A.). — *Deutsches internationales Privatrecht*, 1932.
- *Principles of private international law*, 1943, traduit en allemand sous le titre : *Grundzüge des Internationalen Privatrechts*, 1952.
- O'CONNELL. — *International Law in Australia*, Londres, 1965.
- PILLET (A.). — *Traité pratique de droit international privé*, Paris-Grenoble, 2 vol., 1923.
- QUADRI (R.). — *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 3^e éd., 1961.
- RAAPE (L.). — *Internationales Privatrecht*, Berlin u. Francfort, 5^e éd., 1955.
- RABEL (E.). — *The conflict of Laws — A comparative study*, Ann Arbor, t. I, 2^e éd. 1958, t. II, 2^e éd. 1960, t. III, 1950, t. IV, 1958.
- RAYNAUD (P.). — *Institutions judiciaires et droit civil*, Cours de Droit, 1957-58.
- RIGAUX (F.). — *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968.
- SAVIGNY. — *System des heutigen römischen Rechts*, 1849, traduction française de Guénoux, 1851.
- SCHNITZER (A. E.). — *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Basel, 4^e éd. 1957.
- VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, 1914.
- VEDEL (G.). — *Droit administratif*, « Thémis », P.U.F., 2^e éd., 1961.
- VINCENT et PENAUD. — *Dictionnaire de droit international privé*, 1888.
- WALINE (M.). — *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 8^e éd., 1959.
- WOLFF (M.). — *Private international law*, Oxford, 2^e éd., 1950.
- *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 9^e éd., 1954.
- ZITELMANN (E.). — *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 4 vol., 1897-1912.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ALEXANDRE (D.). — *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, L.G.D.J., 1970.
- AUDIT (B.). — *La fraude à la loi de droit international*, thèse dactylographiée, Paris, 1971.
- BATIFFOL (H.). — *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.
- *Domaine du règlement des conflits de lois*, Cours de l'I.H.E.I., 1962-63, 2 fasc.
- BLAND (A.). — *A Century of Family Law*, Londres, 1957.
- CENTRE D'ÉTUDES DU DROIT DES MARCHÉS ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX (Faculté de Dijon). — *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées* (Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965), Paris, Pédone, 1969.
- DROZ (G. A. L.). — *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun* (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), Dalloz, 1972.
- FATOUROS. — *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962.
- FOUCHARD (P.). — *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.
- FOXER (J.). — *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Dalloz, 1964.
- FRANSCAKIS (P.). — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.
- GAUDEMET-TALLON (H.). — *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, Paris, P.U.F., 1964.
- GAVALDA (G.). — *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955.

- GOLDMAN (B.). — *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, Cours de l'I.H.E.I., 1970-71, 3 fasc.
- HANDEK. — *Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931.
- HOFFMEYER (V.). — *Das international privatrechtliche Vorfragenproblem*, thèse dactylographiée, Bremerhaven, 1957.
- HOLLEAUX (D.). — *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.
- JESSUP (P. C.). — *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press et Londres, Oxford University Press, 1956.
- KAHN (P.). — *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1961.
- LAGARDE (P.). — *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, L.G.D.J., 1959.
- LAINE (A.). — *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts*, Paris, Pichon, 2 vol., 1888-1892.
- LESCOT et ROBLLOT. — *Les effets de commerce*, 2 vol., 1953.
- LEVASSEUR (J.). — *La détermination du domicile en droit international privé français*, thèse, Paris, 1931.
- MAURY (J.). — *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Cuadernos de la Catedra del « Dr. James Brown Scott », Université de Valladolid, 1952.
- MOREIRA (A.). — *Da questão prévia em direito internacional privado*, Coimbra, 1964.
- NIEDNER. — *Das Einführungsgesetz vom, 16. August. 1896*.
- RIAD (F.). — *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Sirey, 1955.
- RIGAUX (F.). — *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, 1956.
- ROBERTSON (A. H.). — *Characterization in the conflict of laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1940.
- ROSA (C.). — *Da questão incidental em direito internacional privado*, Lisbonne, 1960.
- SALES (J.). — *Droit uniforme et conflits de lois. Rôle de la théorie des conflits de lois en matière d'interprétation divergente des règles de droit uniforme*, thèse dactylographiée, Paris, 1966.
- SANDERS (P.) éd. — *Arbitrage international commercial. International commercial arbitration*, Dalloz, 1956, 3 vol.
- *International arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, 1967.
- SCHMITTHOFF (C. M.) éd. — *The sources of the law of international trade* (Colloque de l'Association internationale des Sciences Juridiques de Londres, 1962), Londres, 1964.
- STEIGER (Von). — *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im I.P.R.*, Berne, 1934.
- STEINDORFF. — *Sachnormen im Internationalen Privatrecht*, Francfort, 1958.
- STOUFFLET (J.). — *Le crédit documentaire. Etude juridique d'un instrument financier du commerce international*, Librairies Techniques, 1957.
- TOUBIANA (A.). — *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé* (Contrats internationaux et dirigisme étatique), Dalloz 1973.
- TROUSSET (J.). — *L'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie par les parties*, thèse dactylographiée, Paris, 1961.
- VANDER ELST (E.). — *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, Bruxelles, 1956, et Paris, 1957, t. II, 1963.
- VOGEL (K.). — *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, thèse Hambourg, 1963.

ARTICLES ET CHRONIQUES

- ARMINJON (P.). — « Les lois politiques et le droit international privé », *Revue*, 1930.385.
- « La notion des droits acquis en droit international privé », *Recueil*, n° 44, 1933.II.1.
- AUBRY (J.). — « De la notion de territorialité en droit international privé », *Clunet*, 1900.689 ; 1901.253 ; 1902.209.
- BARTIN (E.). — « Adoption et transmission héréditaire », *Clunet*, 1932.5.
- BATIFFOL (H.). — « Contrats et conventions », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « L'arbitrage et les conflits de lois », *Rev. arb.*, 1957.110.
- « Principes de droit international privé », *Recueil*, n° 97, 1959.II.435.
- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 39.
- « La sentence *Aramco* et le droit international privé », *Revue*, 1964.647.
- « Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire », *Mélanges R. D. Kollewyn et J. Offerhaus*, Leiden, 1965, p. 55.
- « Le changement de nationalité des sociétés », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 66.
- BAUER (H.). — « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966.537.
- BELLET (P.). — « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1965, p. 251.
- « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun », *Clunet*, 1965.833.
- BELLET (P.) et GOLDMAN (B.). — « La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *Clunet*, 1969.843.
- BENJAMIN (P.). — « Etude comparée de l'arbitrage commercial international comme institution en Europe et aux Etats-Unis », *Rev. arb.*, 1957.114.
- BOGUSLAVSKI (R.). — « Chronique de jurisprudence soviétique », *Clunet*, 1967.706 ; 1971.374.
- BOTTINI (R. DE). — « La Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille », *Revue*, 1970.1.
- BOURQUIN. — « Arbitration and Economic Development Agreements », *The Business Lawyer*, 1960.860.
- BREDIN (J. D.). — « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 19.
- BYSTRICKY (R.). — « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé », *Recueil*, n° 123, 1968.I.409.
- CALON (J. P.). — « La société internationale. Eléments d'une théorie générale », *Clunet*, 1961.694.
- CATHALA (P.). — *La Convention communautaire de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la « compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale »*, D., 1969, Chron. p. 251.
- CHRÉTIEN (M.). — « Le fisc en face du droit international privé », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1955, p. 85.
- « Existe-t-il un droit international fiscal commun » ?, *Revue*, 1953.215, 491 et 677.
- CONTIN (R.). — *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D., 1968, Chron. p. 45.
- COUTSOUMARIS (T.). — « Les conflits de juridictions d'après le nouveau Code de procédure civile hellénique », *Clunet*, 1971.59.
- DALIMIER (G.). — « Droit fiscal international français », *J.-Cl Dr. int.*, fasc. 301

- DAVID (R.). — « Arbitrage international ou arbitrage étranger », *Sonderdruck aus der Festschrift für Hans G. Ficker*, 1961, p. 121.
- « Arbitrage du XIX^e et arbitrage du XX^e siècles », *L'arbitrage commercial international*, Conférences de févr., mars 1965.
- « Réflexions sur le rôle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *Annuario di Diritto comparato e di Studi Legislativi*, Rome, éd. dell'Istituto italiano di Studi Legislativi, 1969, vol. XLIII, fasc. III.
- DEHAUSSY (J.). — « Arbitrage (droit international public) », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- DELAUME (G.). — « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les Statuts du F.M.I. et ses limites », *Clunet*, 1954.332.
- « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Clunet*, 1966.26.
- DERRUPPÉ (J.). — « Plaidoyer pour le renvoi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 181.
- DESPAX (M.). — « La détermination des sujets de la convention collective de travail », *J.C.P.*, 1965.I.1938.
- DRAKIDIS (P.). — « Du caractère « non exécutoire », de certains « contrats de change » d'après les Statuts du F.M.I. », *Revue*, 1970.363.
- DROZ (G. A. L.). — « Une Convention de La Haye de droit international privé devant la G.I.J. A propos de l'arrêt *Boll* », *Revue*, 1958.626.
- ECK (J. P.). — « Change », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « Paiement », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « Les problèmes actuels du droit monétaire », *Comité de Dr. Int. Pr.*, communication du 4 mai 1970 (compte rendu, *Revue*, 1971.149).
- EEK (H.). — « Chronique de jurisprudence suédoise », *Clunet*, 1966.410 ; 1971.650.
- EISEMANN (F.). — « Chambre de commerce internationale », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- EL-KOCHERI (A. S.). — « Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental », *Revue*, 1967.249.
- EVRIGENIS et DRAKIDIS. — « Chronique de jurisprudence hellénique », *Clunet*, 1971.326.
- FERRER CORREIA (A.). — « La question du renvoi dans le nouveau Code civil portugais », *Estudos Juridicos III, Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1971, p. 205.
- FLATTET (G.). — « Les arrêtés royaux néerlandais de « rétablissement des relations de droit » et leur application aux porteurs de valeurs mobilières hors des Pays-Bas », *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 33.
- FOUCHARD (P.). — « Quand un arbitrage est-il international » ?, *Rev. arb.*, 1970.2.
- FOYER (J.). — « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Revue*, 1965.39.
- « Commentaire de l'avant-projet de réforme du droit international privé français », *Clunet*, 1971.35.
- FRANDESCAKIS (P.). — « Conflits de lois, Principes généraux », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « Renvoi », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « Philosophie du droit et droit international privé, à propos du livre de H. Batiffol », *Archives de philosophie du droit*, 1957, vol. III, p. 205.
- « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 115.
- « Compte rendu de l'ouvrage : *De conflictu legum*, *Mélanges R. D. Kollewiijn et J. Offerhaus* (Leiden, 1962) », *Revue*, 1963.866.

- « Remarques sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (à l'occasion de l'arrêt *Lambrino*) », *J.C.P.*, 1964.I.1813.
- « Quelques précisions sur les lois « d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966.1.
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public » ?, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 149.
- « Compte rendu de la 4^e éd. du Traité de droit international privé de H. Batiffol », *Revue*, 1967.435.
- « Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires », *Revue*, 1969.425.
- « Compte rendu de l'ouvrage de Capotorti et autres : *Giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale* », *Revue*, 1969.854.
- FRANDESCAKIS (P.) et BATIFFOL (H.). — « L'arrêt *Boll* de la C.I.J. et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Revue*, 1959.259.
- FREYRIA (C.). — « Sécurité sociale et droit international privé », *Revue*, 1959.409.
- « La notion de conflit de lois en droit public », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1965, p. 103.
- GAMILLSCHEG (F.). — « Les principes du droit du travail international », *Revue*, 1961.265, 477 et 677.
- GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.). — « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », *J.C.P.*, 1968.I.2171.
- GIHL (T.). — « Lois politiques et droit international privé », *Recueil*, n° 83, 1953.II.163.
- GOLD (J.) et LACHMAN (P.). — « Les Statuts du F.M.I. et les réglementations de changes des Etats membres », *Clunet*, 1962.666.
- GOLDMAN (B.). — « Arbitrage (droit international privé) », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963.320.
- « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil*, n° 109, 1964.II.351.
- « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, vol. IX, p. 177.
- « La nationalité des sociétés dans la Communauté Economique Européenne, Rapport à la Table ronde sur « La nationalité des sociétés » du 18 janvier 1969 », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 215.
- « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 119.
- « Les champs d'application territoriale des lois de concurrence », *Recueil*, n° 128, 1969.III.637.
- « Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965 », in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Faculté de Dijon, Paris, Pédone, 1969, p. 155.
- « Un traité fédérateur : la Convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. trim. dr. europ.*, 1971.1.
- GOLDSTAJN. — « The Law Merchant », *The Journal of Business Law*, 1961, p. 12.
- GOODRICH (H. F.). — « Nécessité d'innover : statisme contre dynamisme en matière de conflits de lois », *Revue*, 1952.435.
- GOTHOT (P.). — « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Revue*, 1971.1, 209 et 415.
- GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.). — « La Convention entre les Etats membres de la Communauté Economique Européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet*, 1971.747.

- GOTLIEB. — « The incidental question in Anglo-american Conflict of Laws », *Canadian Bar Review*, t. 33, 1955, p. 523.
- GRAULICH (P.). — « Règles de conflit et règles d'application immédiate » *Mélanges Dabin*, t. II, Sirey, 1963, p. 629.
- GRAVESON (R. H.). — « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Revue*, 1968.259.
- GUTZWILLER (M.). — « Le développement historique du droit international privé », *Recueil*, n° 29, 1929.IV.287.
- HÉBRAUD (P.). — « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Revue*, 1968.246.
- HECKE (G. VAN). — « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Recueil*, n° 126, 1969.I.399.
- HOLLEAUX (G.). — « Reconnaissance et exécution des jugements étrangers de divorce dans les droits allemand et français », *Journées d'Etudes franco-allemandes, Comité de Dr. Int. Pr.*, 1958.115.
- HOOGSTRATEN (VAN). — « Le droit international privé néerlandais et la question préalable », *De conflictu legum, Mélanges R.D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 209.
- JAMBU-MERLIN (R.). — « Note sur les nouvelles règles de conflit de lois en matière de contrats d'affrètement et de transport maritime », *Revue*, 1966.730.
- JODLOWSKI (J.). — « La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères en Pologne », *Clunet*, 1966.539.
- « Chronique de jurisprudence polonaise », *Clunet*, 1970.383.
- JODLOWSKI (J.) et PONSARD (A.). — « La Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, à la compétence et à l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille », *Clunet*, 1970.545.
- JUILLARD (P.). — « La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VIII-2-b des Statuts du F.M.I. », *J.C.P.*, 1971.I.2399.
- KAHN (F.). — « Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht », *Hgg. von Otto Lenel und Hans Lewald*, München, 1928.
- KAHN (P.). — « Investissements », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. trim. dr. com.*, 1964.689.
- « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965.338.
- « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Clunet*, 1966.301.
- « La détermination de la qualité de commerçant étranger dans les accords de commerce international », in *Les accords de commerce international*, Colloque de 1968, Leiden, 1969, p. 274.
- KALENSKI (P.). — « Les traits essentiels des nouvelles codifications tchécoslovaques du droit du commerce international et du droit international privé », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.565.
- KALENSKI (P.) et KOPAČ (L.). — « Quelques considérations sur le nouveau Code tchécoslovaque du commerce international », *Bull. de droit tchécoslovaque*, 1964.314.
- KEGEL (G.). — « The crisis of conflict of laws », *Recueil*, n° 112, 1964.II.95.
- KLEIN (F. E.). — « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal) », *Revue*, 1961.499.
- KOJOUHAROFF (H.). — « Chronique de jurisprudence bulgare », *Clunet*, 1967.171.
- KOLLEWIJN (R. D.). — « Chronique de jurisprudence néerlandaise », *Clunet*, 1969.953.

- KOPÁČ (L.). — « Le Code tchécoslovaque du commerce international », *Clunet*, 1967.789.
- KOPELMANAS (A.). — « Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international », *Rev. trim. dr. com.*, 1957.879.
- « International conventions and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law », in *The sources of the law of international trade*, C. M. Schmittoff, éd., Londres, 1964, p. 118.
- KUCERA. — « La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, n° 97 du Recueil des lois sur le droit international privé et de procédure », *Clunet*, 1966.783.
- LAGARDE (G.). — « Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre », *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 151.
- LAGARDE (P.). — « La règle de conflit applicable aux questions préliminaires », *Revue*, 1960.459.
- « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elle lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'arrêt *Hocke*) », *Revue*, 1964.235.
- « La X^e Session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Revue*, 1965.249.
- LAINE (A.). — « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », *Rev. de dr. int. pr. et de dr. pén. int.*, 1905.21.
- LALIVE (P. A.). — « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », *Annuaire suisse de Dr. int.*, 1962.273.
- « Chronique de jurisprudence suisse », *Clunet*, 1966.149 ; 1970.416.
- LELIEVRE (L.) et FREED (D.). — « Chronique de jurisprudence des Etats-Unis », *Clunet*, 1970.733.
- LEPAULLE (P.). — « Les réalités sociales et le droit international privé », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 19.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.
- LESCOT. — « L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *J.C.P.*, 1963.I.1756.
- LEVEL (P.). — « Le contrat dit sans loi », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 209.
- LEWALD (H.). — « La théorie du renvoi », *Recueil*, n° 29, 1929.IV.519.
- « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, n° 69, 1939.III.5.
- LOUIS-LUCAS (P.). — « Remarques sur l'ordre public », *Revue*, 1933.393.
- « L'impérieuse territorialité du droit », *Revue*, 1935.633.
- « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Clunet*, 1956.774.
- « Qualification et répartition », *Revue*, 1957.153.
- « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II, Sirey, 1963, p. 743.
- « Vue simplifiée du renvoi », *Revue*, 1964.1.
- LOUSSOUARN (Y.). — « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*, Dalloz, 1965, p. 313.
- « Rapport général sur la nationalité des sociétés, Table Ronde sur « La nationalité des sociétés » du 18 janvier 1969 », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 205.
- « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *J.C.P.*, 1968.I.2140.
- « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *Revue*, 1971.383.
- LOYRETTE. — « Les Codes d'investissements », *Rec. Penant*, 1963, p. 139.
- LUNZ. — « Les règles de conflit dans les Principes de Droit civil de l'Union Soviétique et des Républiques Fédérées », *Revue*, 1964.692.
- LYON-CAEN (G.). — « Droit international du travail et de la sécurité sociale », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 571.

- MAKAROV. — « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Revue*, 1955.431.
- MALAURIE (P.). — *L'équivalence en droit international privé*, D., 1962, Chron. p. 215.
- « Loi uniforme et conflits de lois », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1967, p. 83.
- « Des clauses monétaires stipulées dans un contrat international. Jurisprudence Matter et réglementation des changes », *Clunet*, 1966.571.
- MALINTOPPI (A.). — « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *Recueil*, n° 116, 1965.III.5.
- MANKIEVICZ. — « Conflits entre la Convention de Varsovie et le Protocole de La Haye », *R. G. A.*, 1956, p. 239.
- « Le sort de la Convention de Varsovie en droit écrit et en Common Law », *Mélanges Roubier*, t. II, 1961, p. 134.
- MANN (F. A.). — « Lex facit arbitrum », *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, P. Sanders éd., La Haye, 1967, p. 157.
- MAURY (J.). — « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, n° 57, 1936.III.329.
- Compte rendu de l'ouvrage de P. Francescakis, « La théorie du renvoi... », *Revue*, 1958.602.
- MAURY (J.) et DERRUPPÉ (J.). — « Conflits de lois, théorie générale », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 532-B, 2^e cahier (le renvoi).
- MEIJERS (E. M.). — « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil*, n° 49, 1934.III.542 et Sirey, 1935.
- « La question du renvoi », *Bull. de l'Institut juridique international*, vol. 38, 1938, p. 191.
- MESTRE. — « La notion de lois politiques », *Gaz. Pal.*, 1938.1, Doctr. p. 4.
- MEZGER (E.). — « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 273.
- « Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international », *Revue*, 1968.25.
- « Compte rendu de International Arbitration, *Liber Amicorum for Martin Domke*, P. Sanders éd., La Haye, 1967 », *Revue*, 1970.171.
- « Du consentement en matière d'*electio juris* et de clause compromissoire (à propos de l'arrêt de la Cour féd. allemande du 25 mai 1970) », *Revue*, 1971.37.
- MINOLI. — « L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois », *Rev. arb.*, 1966.63.
- MOTULSKY (H.). — « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 337.
- NADELMANN. — « French Courts recognize Foreign Money-judgements : One Down and more to go », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, n° 1, 1964, p. 72.
- NESTOR (J.) et CAPATINA (O.). — « Chronique de jurisprudence roumaine », *Clunet*, 1968.422 ; 1971.624.
- NEUHAUS. — « Die Krise im Internationalen Privatrecht », *Drei Deutsch Rechtszeitschrift*, 86-87, 1948.
- NEUMAYER (K.). — « Die notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im Internationalen Privatrecht », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, fasc. 2, 1938.
- « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1957.579 ; 1958.53.
- NIBOYET (J. P.). — « L'universalisme des règles de solution des conflits est-il réalisable sur la base de la territorialité ? », *Revue*, 1950.509.

- NOVA (R. DE). — « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Revue*, 1948.179.
- « I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera d'efficacia », *Diritto Internazionale*, Milan, 1959, t. I, p. 15.
- « Conflit des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 377.
- OPPETIT (B.). — « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *J.C.P.*, 1970.I.2361.
- OVERBECK (A. E. VON). — « Les règles de droit international privé matériel », *Mélanges R.D. Kollewiijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 362.
- PADIS (P.). — « La vente commerciale internationale par contrats-types et incoterms », *Gaz. Pal.*, 1970.2, Chron. p. 90.
- PAILLUSSEAU (J.). — « Faut-il, en France, un droit des groupes de sociétés ? A propos de la proposition de loi Cousté », *J.C.P.*, 1971.I.2401 bis.
- PALLARD (R.). — « La filiation illégitime en droit international privé », *Revue*, 1952.623 ; 1953.61 et 329.
- PEYREFITTE. — *Le problème du contrat dit sans loi*, D., 1965, Chron. p. 113.
- PINTO (R.). — « Le régime juridique des investissements étrangers en France », *Clunet*, 1967.235.
- PONTAVICE (E. DU). — « La loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », *J.C.P.*, 1967.I.2063.
- QUADRI. — « Funzione del diritto internazionale privato », *Arch. di diritto pubblico*, 1936.
- RAAPE (L.). — « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *Recueil*, n° 50, 1934.IV.401.
- RIGAUX (F.). — « Le nouveau Projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé », *Clunet*, 1969.334.
- ROBERT (J.). — *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961*, D., 1961, Chron. p. 173.
- « De la place de la loi dans l'arbitrage », *Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, 1967, P. Sanders éd., p. 226.
- SCHMITTHOFF (C. M.). — « International Business Law, a new Law Merchant » *Current Law and Social Problems*, University of Western Ontario, 1961 (3), p. 129.
- SCHNELL. — « Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Henschaft der Rechtsnormen », *Zeitschrift für International-Privat und Strafrecht*, 1895.
- SCHNITZER (A. F.). — « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *Recueil*, n° 123, 1968.I.541.
- SERICK. — « Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im Internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, p. 633.
- SIMON-DEPITRE (M.). — « La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt *Boll* de la C.I.J. », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1963, p. 109.
- SIMON-DEPITRE (M.) et LEGENDRE (G.). — « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes en droit international privé », *Clunet*, 1967.598.
- SINAY (R.). — « Vers un droit des groupes de sociétés », *Gaz. Pal.*, 1967.1, Chron. p. 70.
- « Le droit des groupes de sociétés dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *Gaz. Pal.*, 1968.1, Chron. p. 118.
- SOYER (J. C.). — « Les aspects de droit international privé de la réforme du droit maritime », *Clunet*, 1969.610.

- STOUFFLET (J.). — « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », *Clunet*, 1966.582.
- « Les conflits de lois en matière de crédits bancaires », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 91.
- SZER (S.). — « La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé », *Clunet* 1966, 346.
- TOUBIANA (A.). — « Contrat administratif », *Rép. Dr. intern. Dalloz*.
- TUNG (A.). — « Les Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.547.
- VALLINDAS (P. G.). — « Droit international privé lato sensu ou stricto sensu », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 509.
- VENTURINI (G.). — « Le questioni pregiudiziali », *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. XI, 1954, p. 184.
- VERDIER (J. M.). — « L'indépendance de l'Algérie et le droit international privé », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1971, p. 35.
- VERDROSS. — « Protection of Private Property under quasi-international Agreements », *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, p. 355.
- VIDA (A.). — « Compte rendu de l'ouvrage de Világhy (N.), Bevezetés a nemzetközi magánjogba » (Introduction au droit international privé), Budapest, 1966, *Revue*, 1967.637.
- VISCHER (F.). — « Internationales Privatrecht », *Schweizerisches Privatrecht*, Basel U. Stuttgart, 1969.
- VITTA (E.). — « L'ordre public en matière de divorce et de nullités de mariage dans la jurisprudence italienne », *Revue*, 1965.267.
- VIVIER. — « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », *Revue*, 1953.655 ; 1954.73.
- WEIL (P.). — « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil*, n° 128, 1969.III.101.
- « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français, le droit international des contrats », *Etudes et Documents du C.E.*, 1971, fasc. 23, p. 13.
- WENGLER (W.). — « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, t. 8, 1934, p. 148.
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Revue*, 1952.595 ; 1953.37.
- « The general principles of private international law », *Recueil*, n° 104, 1961.III.273.
- « Nouvelles réflexions sur les « questions préalables » », *Revue*, 1966.165.
- « Chronique de jurisprudence ouest-allemande », *Clunet*, 1967.404 ; 1971.583.
- « Immunité législative des contrats multinationaux », *Revue*, 1971.637.
- WIBAULT (J.). — « Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois », *Droit social*, 1965.318.
- WINTER (DE). — « La nouvelle version du Projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Revue*, 1968.577.
- YSAY. — « Zwischenprivatrecht und zwischenverwaltungsrecht », *Bonner Festgabe für E. Zittelman*, 1923, p. 291.
- ZWEIGERT (K.). — « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965.645.

OBSERVATIONS, NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS, CONCLUSIONS

- ABRAHAMS (R.). — Observations sous Liège, 26 janvier 1967, *Clunet*, 1971.882.
- Observations sous Bruxelles, 14 octobre 1967, *Clunet*, 1971.880.
- Note sous Cass. belge, 23 octobre 1969, *Clunet*, 1971.881.

- ALEXANDRE (D.). — Note sous Trib. gr. inst. Paris, 28 avril 1967, *Revue*, 1970.435.
- Note sous Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1967, *Revue*, 1970.435.
- Note sous Trib. gr. inst. Paris, 22 janvier 1969, *Revue*, 1970.435.
- Note sous Cass. civ., 18 mai 1971, D.S., 1972.J.37.
- ANCEL. — Note sous Cass. civ., 7 janvier 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13590.
- ANDRÉ-PRUDHOMME. — Note sous C.P.J.I., 12 juillet 1929, *Clunet*, 1929.977.
- ANZIOTTI. — Note sous Cass. Turin, 20 février 1905, *Riv. di Diritto intern.*, 1906.570.
- BATIFFOL (H.). — Note sous Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, S., 1945.1.121.
- Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609.
- Note sous sentence de Lord Asquith of Bishopstone, 28 août 1951, *Revue*, 1956.302.
- Note sous Cass. civ., 24 avril 1952, S., 1952.1.185.
- Note sous Cass. soc., 16 janvier 1953, *Revue*, 1953.581.
- Note sous Cass. civ., 17 avril 1953, *Revue*, 1953.412.
- Note sous Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.811.
- Note sous Cass. civ., 15 mars 1955, *Revue*, 1955.320.
- Note sous sentence du président Cassin, 10 juin 1955, *Revue*, 1956.278.
- Note sous Paris, 21 octobre 1955, *Revue*, 1955.769.
- Note sous Trib. civ. Seine, 22 octobre 1956, *Revue*, 1958.117.
- Note sous Paris, 4 février 1958, *Revue*, 1958.389.
- Note sous C.I.J., 28 novembre 1958, *Revue*, 1958.713.
- Note sous Cass. civ., 12 mai 1959, *Revue*, 1960.62.
- Note sous Cass. civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959.708.
- Note sous Cass. com., 18 novembre 1959, *Revue*, 1960.83.
- Note sous Paris, 26 octobre 1962, *Revue*, 1965.535.
- Note sous Cass. civ., 28 mai 1963, D., 1963.677.
- Note sous Cass. civ., 7 janvier 1964, *Revue*, 1964.344.
- Note sous Cass. civ., 14 avril 1964, *Revue*, 1966.69.
- Note sous Cass. civ., 28 juin 1966, *Revue*, 1967.334.
- Note sous Cass. soc., 5 mars 1969, *Revue*, 1970.279.
- Note sous Cass. civ., 10 mars 1969, *Revue*, 1970.114.
- Note sous Cass. civ., 6 octobre 1971, *Revue*, 1972.488.
- BELLET (P.). — Note sous Trib. civ. Seine, 11 janvier 1956, *Revue*, 1956.128.
- B.G. — Note sous Trib. civ. Seine, 11 janvier 1956, *Clunet*, 1956.1022.
- Note sous Paris, 10 avril 1957, *Clunet*, 1958.1002.
- Note sous Paris, 29 avril 1959, *Clunet*, 1960.128.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 28 mai 1964, *Clunet*, 1965.399.
- Note sous Cass. civ., 30 mai 1967, *Clunet*, 1967.622.
- Observations sous Paris, 3 février 1968, *Clunet*, 1968.738.
- BISCHOFF (J. M.). — Note sous Paris, 10 juin 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13329.
- BLONDEAU. — Conclusions sous Cass. civ., 23 avril 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15897.
- BOITARD. — Observations sous Paris, 10 avril 1957, *Rev. trim. dr. com.*, 1957.377.
- Observations sous Aix-en-Provence, 5 mai 1959, *Rev. trim. dr. com.*, 1959.875.
- Observations sous Paris, 21 février 1961, *Rev. trim. dr. com.*, 1961.351.
- BONASSIÈS. — Note sous Cour suprême des Etats-Unis, 25 mai 1953, *Revue*, 1954.166.
- BONNET. — Note sous Cass. soc., 16 février 1965, *Droit social*, 1965.526.
- BOUREL. — Note sous Cass. civ., 30 mai 1967, *Revue*, 1967.728.
- BRACHET. — Conclusions sous Trib. civ. Seine, 8 avril 1930, *Revue*, 1930.461.
- BREDIN (J. D.). — Note sous Besançon, 14 mai 1959, *Clunet*, 1960.778.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963.110.
- Note sous Paris, 21 décembre 1962, *Clunet*, 1963.424.
- Note sous Cass. civ., 7 mai 1963, *Clunet*, 1964.82.
- Note sous Paris, 18 juin 1964, *Clunet*, 1964.810.

- Note sous Trib. com. Nice, 20 janv. 1965, *Clunet*, 1965.904.
- Note sous Paris, 10 juillet 1965, *Clunet*, 1966.359.
- Note sous Aix-en-Provence, 2 décembre 1965, *Clunet*, 1966.108.
- Note sous Cass. civ., 25 janvier 1966, *Clunet*, 1966.631.
- Note sous Aix-en-Provence, 24 mars 1966, *Clunet*, 1966.108.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 11 mai 1966, *Clunet*, 1967.106.
- Note sous Cass. civ., 20 mai 1967, *Clunet*, 1967.629.
- CAPITANT. — Note sous Cass. civ., 27 mai 1927, D.P., 1928.1.25.
- CASTEL (J. G.). — Note sous Cour suprême de Colombie britannique, 8 mars 1960, *Revue*, 1961.157.
- Observations sous Cour suprême du Canada, 1965, *Clunet*, 1969.746.
- CHARDENON (P.). — Note sous Cass. civ., 23 avril 1969, *Clunet*, 1969.912.
- CHAUVEAU. — Note sous Cass. com., 22 février 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9266.
- COUCHEZ (G.). — Note sous Paris, 22 octobre 1970, *Revue*, 1971.544.
- DAYANT (R.). — Note sous Trib. gr. inst. Seine, 23 février 1966, *Revue*, 1967.130.
- Observations sous Rouen, 9 mai 1967, *Clunet*, 1967.899.
- Observations sous Paris, 10 juin 1967, *Clunet*, 1968.100.
- Note sous Paris, 11 février 1969, *Revue*, 1970.459.
- DECENSIÈRE-FERRANDIÈRE. — Note sous C.P.J.I., 12 juillet 1929, D.P., 1930.2.45.
- DECOQ (A.). — Note sous Paris, 30 octobre 1964, *Revue*, 1966.223.
- Note sous Trib. corr. Seine, 13 octobre 1965, *Revue*, 1966.449.
- DÉPREZ (J.). — Note sous Paris, 16 mars 1960, *Revue*, 1961.347.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 10 janvier 1962, *Revue*, 1963.607.
- Note sous Paris, 18 juin 1964, *Revue*, 1964.340.
- Note sous Grenoble, 20 janvier 1966, *Revue*, 1966.655.
- DERRUPPÉ (J.). — Note sous Cass. civ., 3 juin 1966, *Revue*, 1968.64.
- Note sous Cass. civ., 27 janvier 1969, *Revue*, 1969.710.
- DESANGLES. — Conclusions sous Paris, 21 décembre 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.1.79.
- DRAKIDIS (P.). — Note sous Aix-en-Provence, 15 décembre 1966, *Revue*, 1970.464.
- Note sous Cass. civ., 18 juin 1969, *Revue*, 1970.464.
- DROZ (G. A. L.). — Note sous Fort-de-France, 21 juin 1962, *Revue*, 1963.724.
- ECK (J. P.). — Note sous Cass. civ., 27 avril 1964, *Revue*, 1965.346.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 9 février 1965, *Revue*, 1966.282.
- Note sous Cass. civ., 10 mai 1966, *Revue*, 1967.710.
- Note sous Cass. civ., 16 octobre 1967, *Revue*, 1968.661.
- EINMAHL. — Note sous B.G.H., 8 mai 1968, *Revue*, 1969.118.
- ESMEIN (P.). — Note sous Besançon, 14 mai 1959, D., 1959.515.
- FABRE. — Conclusions sous Trib. gr. inst. Seine, 27 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 1966.2.243.
- FOYER (J.). — Note sous Trib. gr. inst. Nice, 3 juillet 1963, *Revue*, 1966.424.
- Note sous Paris, 23 février 1967, *Revue*, 1967.567.
- Note sous Paris, 28 avril 1967, *Revue*, 1968.446.
- Note sous Cass. civ., 27 janvier 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16407.
- Note sous Paris, 1^{er} juillet 1970, *Revue*, 1970.718.
- FRANCESKAKIS (P.). — Note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Revue*, 1952.89.
- Note sous Cass. civ., 22 janvier 1951, *Revue*, 1951.167.
- Note sous Paris, 7 juillet 1954, *Revue*, 1954.552.
- Note sous Paris, 4 février 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10612.
- Note sous Cass. civ., 17 juin 1958, *Revue*, 1958.736.
- Note sous Paris, 2 février 1961, *Revue*, 1961.566.
- Note sous Cass. civ., 21 novembre 1961, D., 1963.37.
- Note sous Paris, 21 décembre 1962, *Revue*, 1966.238.
- Note sous Cass. civ., 8 janvier 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13470.

- Note sous Monaco, 11 mai 1964, *Revue*, 1965.101.
- Note sous Cour de Révision Judiciaire de Monaco, 6 mai 1965, *Revue*, 1966.708.
- Note sous Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur, sentence n° 91-1966, *Revue*, 1971.470.
- Note sous Cass. civ., 25 janvier 1966, *Revue*, 1966.238.
- Note sous Francfort-sur-Main, 6 juillet 1966, *Clunet*, 1967.367.
- Note sous Cass. civ., 22 novembre 1966, *Revue*, 1967.372.
- Note sous Nîmes, 22 mai 1968, *Revue*, 1969.448.
- GARAUD. — Note sous Cass. com., 11 janvier 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11764.
- GAUDEMET-TALLON (H.). — Note sous Cass. civ., 5 mars 1969, *Revue*, 1969.546.
- Note sous Trib. gr. inst. Paris, 16 juin 1969, *Revue*, 1971.67.
- GAVALDA (C.). — Note sous Paris, 9 février 1962, *Revue*, 1963.81.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 22 décembre 1965, *Revue*, 1966.490.
- Note sous Cass. civ., 20 mai 1967, *Revue*, 1968.87.
- Note sous Nîmes, 22 mai 1968, *Clunet*, 1970.687.
- GÉGOUT. — Conclusions sous Cass. civ., 1^{er} février 1972, *J.C.P.*, 1972.II.17096.
- GOLD et DELAUME. — Note sous New York Court of Appeals, 9 janvier 1953, *Clunet*, 1953.796.
- GOLD et LACHMAN. — Note sous Paris, 20 juin 1961, *Clunet*, 1962.718.
- GOLDMAN (B.). — Note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Clunet*, 1951.894.
- Observations sous Cass. civ., 24 janvier 1956, *Clunet*, 1956.1012.
- Observation sous « sentence » Ripert et Panchaud, 2 juillet 1956, *Clunet*, 1959.1074.
- Note sous Trib. com. Seine, 11 mars 1957, *Clunet*, 1958.994.
- Note sous Orléans, 15 mai 1961, *Clunet*, 1962.140.
- Note sous Cass. civ., 21 novembre 1961, *Clunet*, 1962.686.
- Note sous Cass. com., 4 mars 1963, *Clunet*, 1964.806.
- Note sous Cass. civ., 7 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13405.
- Note sous Cass. civ., 28 mai 1963, *Clunet*, 1963.1004.
- Observations sous Paris, 2 octobre 1963, *Clunet*, 1964.103.
- Note sous Cass. civ., 7 janvier 1964, *Clunet*, 1964.302.
- Note sous Paris, 21 février 1964, *Clunet*, 1965.113.
- Note sous Cass. civ., 14 avril 1964, *Clunet*, 1965.646.
- Note sous Cass. com., 29 octobre 1964, *Clunet*, 1965.637.
- Note sous Paris, 19 mars 1965, *Clunet*, 1966.117.
- Note sous Cass. civ., 2 mai 1966, *Revue*, 1967.553.
- Observations sous Cass. civ., 4 octobre 1967, *Clunet*, 1969.102.
- Note sous Paris, 19 juin 1970, *J.C.P.*, 1971.II.16927.
- GRANJON. — Conclusions sous Paris, 18 juin 1971, *D.S.*, 1972.J.461.
- HAMEL. — Note sous Chambre des Lords, 15 mars 1937, *D.P.*, 1937.2.73.
- Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, *D.*, 1951.749.
- HÉBRAUD (P.). — Observations sous Paris, 10 avril 1957, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.665.
- HOLLÉAUX (D.). — Note sous Cass. civ., 3 juin 1969, *Revue*, 1971.743.
- Note sous Cass. civ., 9 novembre 1971, *Revue*, 1972.314.
- HOLLEAUX (G.). — Note sous Cass. civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963.109.
- JAMBU-MERLIN (R.). — Note sous Paris, 2 novembre 1965, *Clunet*, 1966.642.
- Note sous Rouen, 18 février 1966, *Revue*, 1966.279.
- Note sous Rouen, 20 mars 1968, *Revue*, 1970.70.
- J. B. S. — Note sous Fort-de-France, 21 juin 1962, *Clunet*, 1962.1010.
- J. D. I. — Note sous Amiens, 25 mai 1970, *Clunet*, 1971.86.
- KAHN (P.). — Observations sous Trib. gr. inst. Seine, 24 novembre 1965, *Clunet*, 1966.366.
- Note sous Cass. civ., 24 novembre 1965, *Clunet*, 1966.369.
- Note sous Aix-en-Provence, 14 février 1966, *Clunet*, 1966.846.
- Observations sous Trib. gr. inst. Seine, 1^{er} mars 1967, *Clunet*, 1968.358.

- Observations sous Trib. gr. inst. Paris, 28 avril 1967, *Clunet*, 1968.353.
- Observations sous Paris, 28 avril 1967, *Clunet*, 1968.98.
- Observations sous Trib. gr. inst. Paris, 12 juillet 1967, *Clunet*, 1968.105.
- Observations sous Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1967, *Clunet*, 1968.353.
- Note sous Cass. civ., 12 mars 1968, *Clunet*, 1968.719.
- Note sous Paris, 11 février 1969, *Clunet*, 1969.918.
- Note sous Cass. civ., 29 juin 1971, *Clunet*, 1972.51.
- Note sous Cass. civ., 1^{er} février 1972, *Clunet*, 1972.594.
- KÖHLER (C.). — Observations sous Oberlandesgericht Frankfurt, 27 février 1969, *Clunet*, 1971.615.
- Observations sous B.G.H., 11 mars 1970, *Clunet*, 1971.616.
- Observations sous B.G.H., 27 avril 1970, *Clunet*, 1971.616.
- LAGARDE (P.). — Note sous Cass. civ., 21 novembre 1961, *Revue*, 1962.329.
- Note sous Cass. civ., 12 février 1963, *Revue*, 1964.121.
- Note sous Paris, 2 octobre 1963, *Revue*, 1964.332.
- Note sous Paris, 19 mars 1965, *Revue*, 1967.85.
- Note sous Cass. civ., 24 novembre 1965, *Revue*, 1966.289.
- Note sous Paris, 16 février 1966, *Revue*, 1966.453.
- Note sous Cass. civ., 4 octobre 1967, *Revue*, 1968.98.
- Note sous Poitiers, 13 décembre 1967, *Revue*, 1969.94.
- Note sous Cass. belge, 23 octobre 1969, *Revue*, 1970.688.
- Note sous Cass. civ., 17 mars 1970, *Revue*, 1970.688.
- LA PRADELLE (G. DE). — Note sous Paris, 18 juin 1969, *Clunet*, 1970.923.
- Note sous Cass. civ., 17 mars 1970, *Clunet*, 1970.923.
- LENOAN. — Note sous Cass. civ., 28 janvier 1958, D., 1958.265.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — Note sous Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, D., 1945.J.245.
- LESCOT. — Note sous Cass. com., 4 mars 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13376.
- LEVEL (P.). — Note sous Cass. com., 29 juin 1963, *Clunet*, 1964.120.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 9 juillet 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13434.
- Note sous Cass. civ., 2 mai 1966, *Clunet*, 1966.648.
- Note sous Cass. soc., 11 février 1970, *Clunet*, 1971.821.
- Note sous Paris, 19 juin 1970, *Revue*, 1971.692.
- LÉVY. — Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5812.
- LIGNEAU. — Note sous Cass. civ., 2 mai 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14798.
- LINDON (R.). — Conclusions sous Cass. civ., 5 décembre 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15350.
- LIPSTEIN (K.). — Observations sous Court of Appeal, 1959, *Clunet*, 1961.1136.
- LOUIS-LUCAS (P.). — Note sous Trib. civ. Seine, 11 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9223.
- Note sous Cass. civ., 21 novembre 1961, *J.C.P.*, 1962.II.12521.
- LOUSSOUARN (Y.). — Observations sous Cass. civ., 21 juin 1950, *Rev. trim. dr. com.*, 1950.698.
- Note sous Aix-en-Provence, 22 mars 1955, *Revue*, 1956.274.
- Note sous Paris, 10 avril 1957, *Revue*, 1958.120.
- Note sous Paris, 20 juin 1961, *Revue*, 1962.67.
- Observations sous Paris, 21 décembre 1962, *Rev. trim. dr. com.*, 1963.956.
- Note sous Cass. civ., 28 mai 1963, *Revue*, 1964.513.
- Note sous Cass. civ., 25 janvier 1966, D., 1966.390.
- Observations sous Cass. civ., 2 mai 1966, *Rev. trim. dr. com.*, 1966.763.
- Note sous Paris, 10 mars 1967, *Revue*, 1968.317.
- LYON-CAEN (P.). — Note sous Cass. civ., 5 décembre 1910, S., 1911.1.129.
- LYON-CAEN (G.). — Note sous Paris, 29 avril 1959, D., 1959.402.
- Note sous Cass. soc., 16 février 1965, *Revue*, 1966.88.
- MALAURIE (P.). — Note sous Cass. civ., 12 février 1957, D., 1959.47.
- Note sous Cass. civ., 12 mai 1959, D., 1960.610.

- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.652.
- Note sous Cass. civ., 8 janvier 1963, D., 1963.341.
- Note sous Cass. civ., 28 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13347.
- Note sous Cass. civ., 3 juin 1966, *Clunet*, 1967.614.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 27 juin 1966, *Clunet*, 1967.619.
- Note sous Cass. civ., 30 mai 1967, D., 1967.628.
- Note sous Cass. civ., 8 juillet 1969, D., 1970.1.
- Note sous Trib. gr. inst. Paris, 12 novembre 1969, *Clunet*, 1971.816.
- MATTER. — Conclusions sous Cass. civ., 27 mai 1927, D.P., 1928.1.25.
- Conclusions sous Cass. civ., 9 juillet 1930, D.P., 1931.1.111.
- MAYRAS. — Conclusions sous C.E., 12 juin 1959, *Act. jurid.*, 1959.II.247.
- MAZEAUD (L.). — Note sous Cour mixte d'Alexandrie, 18 février 1936, D.P., 1936.2.78.
- MAZEAUD (H.). — Note sous Paris, 21 décembre 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13447.
- MEZGER (E.). — Note sous Privy Council 1939, *Nouv. Rev. de Dr. int. pr.*, 1942.420.
- Note sous B.G.H., 14 février 1958, *Revue*, 1958.542.
- Note sous B.G.H., 17 décembre 1959, *Revue*, 1961.313.
- Note sous Cass. com., 29 juin 1963, *Revue*, 1964.128.
- Note sous Paris, 21 février 1964, *Revue*, 1964.543.
- Note sous Cass. civ., 4 octobre 1967, D., 1968.95.
- Note sous Cass. civ., 16 octobre 1967, *Revue*, 1968.667.
- Note sous Cass. civ., 16 octobre 1967, D., 1968.445.
- Note sous Paris, 20 juin 1969, *Revue*, 1969.738.
- Note sous Cass. civ., 18 mai 1971, *Revue*, 1972.124.
- MOTULSKY (H.). — Note sous Cass. civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952.502.
- Note sous Cass. civ., 8 décembre 1953, *Revue*, 1955.133.
- Note sous Paris, 27 janvier 1955, *Revue*, 1955.330.
- Note sous Paris, 9 décembre 1955, *Revue*, 1956.523.
- Note sous Paris, 10 avril 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10078.
- Note sous Cass. civ., 7 mai 1963, *Revue*, 1963.615.
- NEPVEU. — Conclusions sous Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965.II.14274.
- NIBOYET (J. P.). — Note sous C.P.J.I., 12 juillet 1929, *Revue*, 1929.427.
- Note sous Cass. civ., 27 janvier 1931, S., 1933.1.41.
- Note sous Cass. req., 21 avril 1931, S., 1931.1.377.
- Note sous Paris, 24 avril 1940, S., 1942.2.29.
- Note sous Cass. civ., 25 février 1947, *Revue*, 1947.444.
- Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, S., 1950.J.1.
- Note sous Trib. civ. Saint-Brieuc, 26 juin 1951, *Revue*, 1951.520.
- NOVA (R. DE). — Note sous Trib. Rome, 5 octobre 1951, *Revue*, 1953.128
- OPPETIT (B.). — Note sous Paris, 20 juin 1969, *Clunet*, 1971.118.
- Note sous Paris, 19 juin 1970, *Clunet*, 1971.833.
- Note sous Cass. civ., 11 janvier 1972, *Clunet*, 1972.621.
- Note sous Cass. civ., 18 mai 1972, *Clunet*, 1972.62.
- OPPETIT (B.) et LEVEL (P.). — Note sous Colmar, 29 novembre 1968, *J.C.P.*, 1970.II.16246.
- PATARIN (J.). — Note sous Trib. gr. inst. Seine, 18 avril 1966, *Revue*, 1967.323.
- Note sous Paris, 3 février 1968, *Revue*, 1968.467.
- PHILONENKO. — Note sous Cass. belge, 24 février 1938, D.P., 1938.2.57.
- PILON. — Rapport sous Cass. req., 21 avril 1931, S., 1931.1.377 et *Clunet*, 1932.142.
- P.L. — Note sous Cass. civ., 14 avril 1964, *J.C.P.*, 1965.II.14406.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 5 janvier 1965, *Revue*, 1965.563.
- Note sous Aix-en-Provence, 15 décembre 1966, *J.C.P.*, 1969.II.16131.
- Note sous Cass. civ., 2 décembre 1968, *Revue*, 1969.281.

- Note sous Cass. soc., 5 mars 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16491.
- Note sous Cass. civ., 18 juin 1969, *J.C.P.*, 1969.II.16131.
- PONSARD (A.). — Note sous Paris, 16 avril 1953, *Clunet*, 1955.128.
- Note sous Paris, 2 juillet 1954, *Clunet*, 1955.142.
- Note sous Paris, 7 juillet 1954, *Clunet*, 1955.636.
- Note sous Paris, 4 février 1958, *Clunet*, 1958.1016.
- Note sous Paris, 26 mars 1968, *Clunet*, 1969.394.
- Note sous Cass. civ., 27 janvier 1969, *Clunet*, 1969.647.
- Note sous Cass. civ., 1^{er} décembre 1969, *Clunet*, 1970.306.
- RIBETTES-TILLHET (J.). — Observations sous Grenoble, 3 janvier 1966, *Clunet*, 1967.642.
- Observations sous Cass. soc., 16 décembre 1970, *Clunet*, 1972.75.
- ROBERT (J.). — Note sous Paris, 10 avril 1957, D., 1958.699.
- Note sous Cass. civ., 7 mai 1963, D., 1963.545.
- Note sous Cass. civ., 14 avril 1964, D., 1964.637.
- Note sous Orléans, 15 février 1966, D., 1966.340.
- Note sous Cass. civ., 2 mai 1966, D., 1966.575.
- Note sous Paris, 5 juin 1970, D., 1971.347.
- RODIÈRE (R.). — Note sous Paris, 9 juin 1967, *Revue*, 1968.451.
- Note sous Cass. civ., 16 février 1970, *J.C.P.*, 1970.II.16392.
- SAVATIER (R.). — Note sous Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, *J.C.P.*, 1945.II.2895.
- SCHAEFFER. — Note sous Cass. civ., 23 avril 1969, *Revue*, 1969.717.
- SEIDL-HOHENVELDERN. — Observations sous Oberster Gerichtshof, 14 octobre 1969, *Clunet*, 1972.658.
- SIALELLI (J. B.). — Observations sous Aix-en-Provence, 5 mai 1959, *Clunet*, 1960.1076.
- Note sous Cass. civ., 12 mai 1959, *Clunet*, 1960.810.
- Observations sous Trib. gr. inst. Seine, 25 juin 1959, *Clunet*, 1960.488.
- Note sous Paris, 15 novembre 1960, *Clunet*, 1961.768.
- Observations sous Paris, 21 février 1961, *Clunet*, 1963.156.
- Note sous Trib. gr. inst. Seine, 10 avril 1962, *Clunet*, 1963.1080.
- Note sous Cass. civ., 4 octobre 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15634.
- SIMON-DEPIRE (M.). — Note sous Cass. com., 14 octobre 1958, *Revue*, 1959.294.
- Note sous Trib. gr. inst. Nice, 3 juillet 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13830.
- Note sous Cass. soc., 1^{er} juillet 1964, *Revue*, 1966.47.
- Note sous Colmar, 16 juin 1965, *Revue*, 1966.78.
- Note sous Nîmes, 22 mai 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16002.
- Note sous Cass. civ., 24 juin 1968, *Revue*, 1969.262.
- Note sous Limoges, 10 novembre 1970, *Revue*, 1971.703.
- Note sous Paris, 3 février 1971, *Revue*, 1972.274.
- STRUYCKEN (A. V. M.). — Note sous Hoge Raad, 13 mai 1966, *Revue*, 1967.522.
- TALLON. — Note sous Cass. civ., 19 février 1952, S., 1952.201.
- TENGER. — Note sous Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, *Clunet*, 1940-1945.596.
- VANDER ELST (E.). — Note sous Cass. belge, 4 octobre 1956, *Revue*, 1957.476.
- VEDEL (G.). — Note sous C.E., 23 janvier 1953, *J.C.P.*, 1954.II.7916.
- VOIRIN (P.). — Note sous Cass. soc., 16 février 1965, D., 1965.723.
- WENGLER (W.). — Note sous Oberster Gerichtshof, 25 octobre 1952, *Revue*, 1955.110.
- Observations sous l'Ordonnance du président de la Cour Hanséatique de Hambourg, 5 août 1954, *Revue*, 1957.50.
- Observations sous Trib. féd. suisse, 11 novembre 1954, *Revue*, 1957.50.
- Note sous High Court of Justice, 14 décembre 1955, *Revue*, 1956.87.
- Note sous Ontario, 4 novembre 1963, *Revue*, 1965.321.
- Note sous B.G.H., 8 mai 1968, *Clunet*, 1968.948.

- WIGNY. — Note sous Cass. belge, 24 février 1938, *Revue*, 1938.661.
WOLFF (K.). — Note sous R.G., 28 mai 1936, *Clunet*, 1936.951.
Y. L. — Note sous Aix-en-Provence, 22 mars 1955, *Revue*, 1956.274.
— Note sous Paris, 29 avril 1959, *Revue*, 1959.484.
-

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

(Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages)

Cass. civ., 18 avril 1819 : 454.
Paris, 16 janvier 1836 : 28.
Cass. civ., 28 février 1860 : 454
Trib. civ. Seine, 7 mai 1876 : 28.
Cass. civ., 21 août 1882 : 454.
Cass. civ., 9 mai 1900 : 454.
Cass. civ., 14 janvier 1901 : 454.
Cass. Turin, 20 février 1905 : 434.
Cass. req., 18 juillet 1905 : 334.
Bordeaux, 30 mai 1910 : 16.
Cass. civ., 5 décembre 1910 : 219, 282, 291.
Trib. civ. Grenoble, 1^{er} décembre 1920 : 456, 471.
Trib. civ. Seine, 6 avril 1922 : 456, 471.
Cass. civ., 23 janvier 1924 : 128.
Cass. civ., 27 mai 1927 : 129.
Florence, 28 juin 1927 : 434.
Cass. civ., 7 mai 1928 : 16.
C.P.J.I., 12 juillet 1929 : 232, 265.
Trib. civ. Seine, 15 juillet 1929 : 494.
Cass. civ., 29 juillet 1929 : 456, 459.
Cass. civ., 19 février 1930 : 142, 295, 313, 321.
Trib. civ. Seine, 8 avril 1930 : 20.
Cass. civ., 9 juillet 1930 : 129.
Cass. civ., 27 janvier 1931 : 142, 145, 152, 295, 313, 321.
Colmar, 24 mars 1931 : 454.
Cass. req., 21 avril 1931 : 387, 399.
Cass. civ., 31 mai 1932 : 265.
Cass. civ., 15 mai 1935 : 219, 292.
Cass. civ., 4 février 1936 : 185.
Cour mixte d'Alexandrie, 18 février 1936 : 332.
Hoge Raad, 13 mars 1936 : 225, 332.
R.G., 28 mai 1936 : 225, 332.
Trib. civ. Seine, 10 juin 1936 : 472.
Chambre des Lords, 15 mars 1937 : 332.
Cass. civ., 27 juillet 1937 : 247.
Cass. belge, 24 février 1938 : 292, 332.
Cass. civ., 7 mars 1938 : 371.
Cass. req., 19 octobre 1938 : 219, 292.
Privy Council, 30 janvier 1939 : 312, 334.
Paris, 24 avril 1940 : 219.
Cass. civ., 11 avril 1945 : 455.
Cass. civ., 1^{er} mai 1945 : 455.
Cass. civ., 25 février 1947 : 205, 397.
Cass. civ., 21 juin 1950 : 9, 127, 130, 150, 219, 221, 291, 332.
Rabat, 24 octobre 1950 : 412, 419.

- Cass. civ., 22 janvier 1951 : 456.
 Trib. civ. Saint-Brieuc, 26 juin 1951 : 403.
 Sentence Lord Asquith of Bishopstone, 28 août 1951 : 269.
 Trib. féd suisse, 12 février 1952 : 306.
 Cass. civ., 19 février 1952 : 456.
 Cass. civ., 24 avril 1952 : 293, 332.
 Oberster Gerichtshof, 25 octobre 1952 : 376.
 New York Court of Appeals, 9 janvier 1953 : 93.
 Cass. soc., 16 janvier 1953 : 16.
 C.E., 23 janvier 1953 : 105.
 Cour suprême des Etats-Unis, 25 mai 1953 : 315.
 Paris, 16 avril 1953 : 494.
 Cass. civ., 17 avril 1953 : 420, 456, 502.
 Cass. civ., 8 déc. 1953 : 371.
 Cass. civ., 28 janvier 1954 : 353.
 Paris, 2 juillet 1954 : 332.
 Paris, 7 juillet 1954 : 412, 422.
 Président de la Cour Hanséatique de Hambourg, 5 août 1954 : 378.
 Trib. féd. suisse, 11 novembre 1954 : 397.
 Cass. soc., 9 décembre 1954 : 20.
 Paris, 27 janvier 1955 : 220, 229, 309, 320.
 Cass. civ., 15 mars 1955 : 459.
 Aix-en-Provence, 22 mars 1955 : 332.
 Sentence président Cassin, 10 juin 1955 : 265.
 C.E., 6 juillet 1955 : 105.
 Paris, 21 octobre 1955 : 456.
 Trib. féd. suisse, 21 octobre 1955 : 334.
 Paris, 9 décembre 1955 : 244.
 High Court of Justice, 14 décembre 1955 : 401.
 Trib. civ. Seine, 11 janvier 1956 : 511.
 Cass. civ., 24 janvier 1956 : 131.
 Cass. com., 22 février 1956 : 205.
 Cass. com., 27 juin 1956 : 136.
 Sentence Ripert, Panchaud, 2 juillet 1956 : 274.
 Cass. belge, 4 octobre 1956 : 470.
 Trib. civ. Seine, 22 octobre 1956 : 514.
 Cass. civ., 12 février 1957 : 14, 16.
 Trib. com. Seine, 11 mars 1957 : 131.
 Paris, 10 avril 1957 : 144, 145.
 Cass. civ., 28 janvier 1958 : 502.
 Paris, 4 février 1958 : 459, 482, 497.
 B.G.H., 14 février 1958 : 229, 337.
 Paris, 6 juin 1958 : 459.
 Cass. civ., 17 juin 1958 : 456, 471, 498.
 Sentence Sauser-Hall, 23 août 1958 : 232, 265, 269, 274.
 Cass. com., 14 octobre 1958 : 118.
 C.I.J., 28 novembre 1958 : 17, 53, 101.
 New York Court of Appeals, 1959 : 334.
 Second Circuit Court, 1959 : 139.
 Paris, 29 avril 1959 : 67.
 Aix-en-Provence, 5 mai 1959 : 144, 147, 149, 155.
 Cass. civ., 12 mai 1959 : 85.
 Besançon, 14 mai 1959 : 116.
 Paris, 2 juin 1959 : 131.
 C.E., 12 juin 1959 : 105.
 Cass. civ., 15 juin 1959 : 190.
 Trib. gr. inst. Seine, 25 juin 1959 : 144.
 Paris, 1^{er} juillet 1959 : 514.
 Cass. civ., 6 juillet 1959 : 220, 228, 293, 309, 320, 325.
 Cass. civ., 10 novembre 1959 : 190.

- Cass. com., 18 novembre 1959 : 318.
B.G.H., 17 décembre 1959 : 31, 33.
Cass. com., 11 janvier 1960 : 133.
Cass. Réunies, 8 mars 1960 : 195.
Cour suprême de Colombie britannique, 8 mars 1960 : 334.
Paris, 16 mars 1960 : 20.
Cass. belge, 2 juin 1960 : 33.
Cass. civ., 14 juin 1960 : 142, 247.
Paris, 15 novembre 1960 : 511.
Cass. soc., 9 décembre 1960 : 54.
Paris, 2 février 1961 : 456, 499.
Paris, 21 février 1961 : 144, 145.
Cour suprême de Suède, 21 mars 1961 : 31.
Orléans, 15 mai 1961 : 136.
Paris, 20 juin 1961 : 94.
Cass. civ., 21 novembre 1961 : 118.
Trib. Rotterdam, 21 novembre 1961 : 175.
Trib. gr. inst. Seine, 10 janvier 1962 : 486.
Paris, 9 février 1962 : 456.
Trib. gr. inst. Seine, 10 avril 1962 : 486.
Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962 : 511.
Paris, 10 juin 1962 : 471.
Fort-de-France, 21 juin 1962 : 332.
Cour internationale pour les questions de navigation maritime de Gdynia,
18 juillet 1962 : 317.
Paris, 26 octobre 1962 : 142, 153.
Oberlandesgericht München, 17 décembre 1962 : 397.
Paris, 21 décembre 1962 : 33, 92.
Cass. civ., 8 janvier 1963 : 456, 464.
Cass. civ., 12 février 1963 : 202.
Cass. com., 4 mars 1963 : 196, 202.
Amsterdam, 6 mars 1963 : 470.
Cass. civ., 7 mai 1963 : 127, 133, 134, 222.
Oberlandesgericht Bremen, 16 mai 1963 : 397.
Bourges, 20 mai 1963 : 485, 494.
Rome, 20 mai 1963 : 470.
Cass. civ., 28 mai 1963 : 87, 321.
Trib. Rotterdam, 18 juin 1963 : 207.
Cass. com., 29 juin 1963 : 133.
Trib. gr. inst. Nice, 3 juillet 1963 : 381.
Trib. gr. inst. Seine, 9 juillet 1963 : 318.
Paris, 2 octobre 1963 : 20, 22, 24, 77.
Bayerisches Oberster Landesgericht, 8 octobre 1963 : 377, 397.
Ontario, 4 novembre 1963 : 426, 429.
Trib. Rotterdam, 17 décembre 1963 : 173.
Cass. civ., 7 janvier 1964 : 388, 448, 449, 457, 486, 504 à 507.
Trib. Rotterdam, 28 janvier 1964 : 173.
B.G.H., 12 février 1964 : 397.
Paris, 20 février 1964 : 18, 20.
Trib. d'Arnhem, 20 février 1964 : 470.
Paris, 21 février 1964 : 133, 135, 136.
Cass. civ., 14 avril 1964 : 144, 145, 149, 152.
Hoge Raad, 17 avril 1964 : 31, 93.
Cass. civ., 27 avril 1964 : 87.
Monaco, 11 mai 1964 : 400.
Trib. gr. inst. Seine, 28 mai 1964 : 20.
Paris, 18 juin 1964 : 484, 511, 515.
Cass. soc., 1^{er} juillet 1964 : 54.
Cass. Italie, 12 juillet 1964 : 470.
Cass. civ., 27 octobre 1964 : 42.

- Cass. com., 29 octobre 1964 : 131, 150.
Paris, 30 octobre 1964 : 115.
B.G.H., 9 décembre 1964 : 229.
Colmar, 18 décembre 1964 : 115.
Cour suprême du Canada, 1965 : 429.
Trib. gr. inst. Seine, 5 janvier 1965 : 486.
Trib. com. Nice, 20 janvier 1965 : 333.
B.G.H., 22 janvier 1965 : 397.
Trib. gr. inst. Seine, 9 février 1965 : 93.
Cass. soc., 16 février 1965 : 116.
Hoge Raad, 4 mars 1965 : 470.
Paris, 19 mars 1965 : 153, 385, 412, 421, 443.
Trib. féd. suisse, 23 mars 1965 : 317.
Cass. civ., 4 mai 1965 : 94.
Cour de révision judiciaire de Monaco, 6 mai 1965 : 25, 400.
Trib. féd. suisse, 18 mai 1965 : 317.
Paris, 22 mai 1965 : 360.
Trib. gr. inst. Seine, 16 juin 1965 : 133, 138.
Colmar, 16 juin 1965 : 485.
Cass. civ., 28 juin 1965 : 18, 42.
Trib. gr. inst. Seine, 1^{er} juillet 1965 : 511.
Paris, 10 juillet 1965 : 333.
Commission d'arbitrage de Bucarest, 14 juillet 1965 : 317.
Trib. féd. suisse, 5 octobre 1965 : 317.
Trib. corr. Seine, 13 octobre 1965 : 115.
Paris, 2 novembre 1965 : 189, 190.
Cass. civ., 24 novembre 1965 : 485, 494.
Trib. gr. inst. Seine, 24 novembre 1965 : 485.
Aix-en-Provence, 2 décembre 1965 : 333.
Trib. gr. inst. Seine, 22 décembre 1965 : 485.
Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur, 1966 : 262, 306, 334.
Grenoble, 3 janvier 1966 : 116.
Grenoble, 20 janvier 1966 : 483, 491.
Toulouse, 24 janvier 1966 : 333.
Cass. civ., 25 janvier 1966 : 33, 57, 92.
Aix-en-Provence, 14 février 1966 : 32.
Orléans, 15 février 1966 : 133, 135, 136.
Paris, 16 février 1966 : 20.
Rouen, 18 février 1966 : 190.
Trib. gr. inst. Seine, 23 février 1966 : 87, 93, 333.
Aix-en-Provence, 24 mars 1966 : 333.
Trib. gr. inst. Seine, 18 avril 1966 : 332.
Cass. civ., 2 mai 1966 : 127, 137, 144, 147, 155, 222.
Cass. civ., 10 mai 1966 : 132.
Trib. gr. inst. Seine, 11 mai 1966 : 486.
Hoge Raad, 13 mai 1966 : 57, 81, 313.
Cour arbitrale près la Chambre de commerce bulgare, 26 mai 1966 : 133.
Cass. civ., 3 juin 1966 : 23, 46.
Trib. gr. inst. Seine, 27 juin 1966 : 20.
Cass. civ., 28 juin 1966 : 87, 220, 223, 228, 294, 328.
Cass. Italie, 28 juin 1966 : 319.
Francfort-sur-Main, 6 juillet 1966 : 488.
Cass. civ., 22 novembre 1966 : 142, 247.
Aix-en-Provence, 15 décembre 1966 : 94.
Liège, 26 janvier 1967 : 77.
Cass. belge, 15 février 1967 : 118.
Paris, 23 février 1967 : 485.
Trib. gr. inst. Seine, 1^{er} mars 1967 : 398.
Trib. gr. inst. Dieppe, 7 mars 1967 : 116.

Paris, 10 mars 1967 : 462, 486.
Paris, 28 avril 1967 : 20, 87.
Trib. gr. inst. Paris, 28 avril 1967 : 397.
Rouen, 9 mai 1967 : 16.
Cass. civ., 20 mai 1967 : 486.
Cass. civ., 30 mai 1967 : 20, 22.
Paris, 9 juin 1967 : 173.
Paris, 10 juin 1967 : 20, 87, 93.
Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 1967 : 139, 140.
Cass. com., 15 juin 1967 : 133.
Cour suprême de Suède, 29 juin 1967 : 467.
Trib. gr. inst. Paris, 12 juillet 1967 : 486.
Cass. civ., 4 octobre 1967 : 462, 486, 499, 505.
Bruxelles, 14 octobre 1967 : 33.
Cass. civ., 16 octobre 1967 : 32, 94.
Trib. féd. suisse, 14 novembre 1967 : 175.
Poitiers, 13 décembre 1967 : 458, 485, 494.
Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1967 : 397.
Commission arbitrale de Bucarest, 25 décembre 1967 : 313.
Paris, 9 janvier 1968 : 332.
Paris, 3 février 1968 : 332.
Trib. Miranda, 29 février 1968 : 169.
Cass. civ., 12 mars 1968 : 87.
Rouen, 20 mars 1968 : 117, 119.
Paris, 26 mars 1968 : 485, 486.
B.G.H., 8 mai 1968 : 469, 488.
Nîmes, 22 mai 1968 : 185, 187.
Cass. civ., 24 juin 1968 : 180.
Colmar, 29 novembre 1968 : 141.
Cass. civ., 2 décembre 1968 : 20.
Kammergericht, 9 décembre 1968 : 397.
Trib. gr. inst. Paris, 22 janvier 1969 : 397, 456.
Cass. civ., 27 janvier 1969 : 334.
Paris, 11 février 1969 : 87.
Oberlandesgericht Frankfurt, 27 février 1969 : 93.
Cass. civ., 5 mars 1969 : 486.
Cass. soc., 5 mars 1969 : 54, 223.
Cass. civ., 10 mars 1969 : 459, 463.
New York Court of Appeals, 10 avril 1969 : 226.
Cass. civ., 23 avril 1969 (8 arrêts) : 33.
Cass. civ., 3 juin 1969 : 511.
Paris, 18 juin 1969 : 78.
Cass. civ., 18 juin 1969 : 94.
Paris, 20 juin 1969 : 137, 138, 141.
Cass. civ., 8 juillet 1969 : 14.
Oberlandesgericht Hamm, 15 septembre 1969 : 397.
Oberster Gerichtshof, 14 octobre 1969 : 321.
Cass. belge, 23 octobre 1969 : 78.
Trib. gr. inst. Paris, 12 novembre 1969 : 94.
Colmar, 15 novembre 1969 : 78.
Cass. civ., 1^{er} décembre 1969 : 332.
Cass. soc., 11 février 1970 : 116.
Cass. civ., 16 février 1970 : 179.
B.G.H., 11 mars 1970 : 87.
Cass. civ., 17 mars 1970 : 78, 117, 119.
B.G.H., 27 avril 1970 : 87.
Paris, 14 mai 1970 : 94.
Amiens, 25 mai 1970 : 294, 333.
B.G.H., 25 mai 1970 : 317.
Paris, 19 juin 1970 : 142, 228, 292, 293.

Paris, 1^{er} juillet 1970 : 503.
Limoges, 10 novembre 1970 : 223, 309, 313.
Cass. soc., 16 décembre 1970 : 116.
Court of Appeal, 1971 : 223.
Paris, 3 février 1971 : 182.
Cass. civ., 18 mai 1971 (3 arrêts) : 137, 141.
Paris, 18 juin 1971 : 503.
Cass. civ., 29 juin 1971 : 293, 309, 325.
Cass. civ., 6 octobre 1971 : 511.
Cass. civ., 9 novembre 1971 : 511.
Cass. civ., 1^{er} février 1972 : 334, 335.

TABLE ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages)

- Accord compromissoire* : V° *Arbitrage international*.
- Accord franco-sénégalais du 14 juin 1962* : 473.
- Accords de Bretton Woods de juillet 1944* : 31, 32, 87, 92 à 94, 116.
- Amiable composition* : V° *Arbitrage international*.
- Arbitrage international* : 122, 127, 238, 241, 242, 308, 337, 368.
- accord compromissoire (autonomie) : 9, 133 à 142, 161, 222.
 - caducité du contrat et validité de l'accord compromissoire : 135, 136.
 - circonstances exceptionnelles (notion de) : 133, 140.
 - clause d'amiable composition : 254.
 - clause compromissoire : 253.
 - compromis étatique : 9, 137, 143 à 147, 149, 161, 222, 321.
 - contrats entre Etats et particuliers : 273, 274.
 - contrôle de la régularité des sentences : 247.
 - Etats-Unis : 139.
 - internationalisation des contrats : 243 et s.
 - notion : 141.
 - nullité du contrat et validité de l'accord compromissoire : 138, 139.
 - obligation de motiver les sentences : 142, 152.
 - ordre public international : 245, 247.
 - ordre public interne : 136, 137, 142, 144, 145.
 - procédure : 244 à 246.
 - (et) règles de conflit de lois : 248 à 252, 256 et s.
 - validité de la clause compromissoire : 142, 145, 155.
 - V° *Chambre de commerce internationale*; *sociétés*.
- Benelux (Projets de droit international privé de 1950, 1968)* : 225, 228, 299, 327, 444.
- Chambre de commerce internationale* :
 — Incoterms : 258, 260.
 — Règles et Usances relatives au crédit documentaire : 259.
 — sentences arbitrales : 250, 251, 253, 255, 275.
- Code de commerce tchécoslovaque* : 122, 158.
- Codification du droit international privé français (Projets de 1950, 1959, 1967)*
 — contrats : 220, 309, 323, 334.
 — exequatur : 464, 509.
 — lois de police et sûreté : 12.
 — règles de conflit de lois (caractère impératif) : 85.
- Comecon (Conditions générales de livraison, 1958, 1968)* : 227, 235.
- Commission économique des Nations Unies pour l'Europe* : 234.
- Commission de transport (contrat de)* : V° *Lex mercatoria*.
- Compétence étrangère* : V° *Exequatur*.
- Compromis étatique* : V° *Arbitrage international*.
- Concurrence* : V° *Lois anti-trust*.
- Conflits de lois dans le temps* : V° *Contrats internationaux*; *régimes matrimoniaux*.

Conflits de systèmes : 366, 368, 373, 408 et s.

- Canada : 426, 429.
- fait international (doctrine du) : 427, 428.
- fraude : 431.
- Italie : 434.
- V^o *Renvoi*.

Contrats internationaux :

- Allemagne (R.F.A.) : 225, 229, 317, 321, 337.
- annulation : 328.
- Belgique : 225, 292.
- Bulgarie : 229.
- choix de la loi : 122, 127, 279, 301, 302, 304.
- conflit de lois dans le temps : 280, 289, 329 à 333.
- contrat entre Etat et particulier : 217, 240, 264 et s.
- Contrat sans loi : 213, 216, 218 à 220, 223, 232, 237, 238, 265, 286, 304, 327.
- contrôle de la Cour de cassation : 325.
- détermination de la loi applicable : 228 à 230, 282.
- doctrines subjectiviste et objectiviste : 284 à 296.
- domaine de la loi du contrat : 365.
- dualisme en matière contractuelle : 297, 298, 301, 302, 309 et s.
- élection de droit : 289, 292, 295, 311 à 322, 365.
- Etats-Unis : 226.
- Grande-Bretagne : 223, 226, 229, 334.
- Grèce : 306, 317, 323, 325.
- incorporation (doctrine de l') : 214, 218, 286, 291, 292, 301.
- internationalisation des rapports contractuels : 217, 239 et s., 243 et s., 267 et s., 276, 277, 281.
- Italie : 225, 230, 319.
- lieu d'exécution : 220, 235, 237.
- localisation : 214, 218, 223, 286, 293 à 296, 298 à 300, 302, 304, 322 à 325.
- loi d'autonomie : 87, 150, 214, 364.
- loi de validité : 223.
- ordre public international : 315, 332.
- Pays-Bas : 225, 313.
- Pologne : 227, 230, 313, 317.
- Portugal : 306, 337.
- rattachement à la loi d'un Etat :

130, 212, 213, 216, 218 et s., 232, 275.

- (et) règles de conflit de lois : 288, 320, 324, 365.
- renvoi : 289, 334 à 337, 446.
- Roumanie : 227, 228, 313, 317.
- soumission aux dispositions impératives : 289, 327, 328.
- Suisse : 306, 313, 317, 318, 321, 334.
- Tchécoslovaquie : 227, 228, 230, 306, 313, 336.
- U.R.S.S. : 227, 306, 313, 334, 336.
- volonté hypothétique : 229.
- volonté tacite : 228, 287, 301 à 304.
- V^o *Arbitrage international ; codification du droit international privé français ; forme des actes ; fraude à la loi ; lois de police et sûreté*.

Contrat sans loi : V^o *Contrats internationaux*.

Contrôle de la loi appliquée par le juge étranger : 388, 411, 420, 429, 448 et s.

- dénaturation de la loi : 458, 483, 492 à 494.
- domaine : 482, 485, 511.
- équivalence : 459, 482, 488, 495 à 499, 512, 514, 518.
- fausse application de la loi : 483, 491, 493, 494.

Convention de Berne du 14 octobre 1890 : 122, 168, 180.

Convention de Bruxelles du 25 août 1924 : 167, 168, 171 à 175, 184, 188 à 193, 204.

Convention de Bruxelles du 29 avril 1961 : 171.

Convention de Bruxelles du 27 mai 1967 : 171.

Convention de Bruxelles (C.E.E.) du 27 septembre 1968 : 476.

Convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966 : 474.

Convention France-Congo Brazzaville du 18 mai 1962 : 473.

- Convention franco-espagnole du 28 mai 1969* : 474.
- Convention France-Gabon du 23 juillet 1963* : 473.
- Convention France-Mali des 2 février et 9 mars 1962* : 473.
- Convention franco-polonaise du 5 avril 1967* : 474.
- Convention France-République Centrafricaine du 18 janvier 1965* : 473.
- Convention France-Saint-Marin du 25 mai 1967* : 473.
- Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971* : 474.
- Convention de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931* : 167, 168, 178, 180, 184, 193, 195 à 202.
- Convention de Genève (C.M.R.) du 19 mai 1956* : 156, 171, 173, 179.
- Convention de Genève du 21 avril 1961* : 147, 168, 245, 247, 249, 255, 320, 323.
- Convention de La Haye du 12 juin 1902* : 53, 101.
- Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954* : 122.
- Convention de La Haye du 15 juin 1955* : 178, 234, 237, 307, 313 à 315, 321.
- Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956* : 412, 443.
- Convention de La Haye du 5 octobre 1961* : 122.
- Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964* : 122, 167, 168, 176 à 178, 183, 206, 207.
- Convention de La Haye du 22 avril 1966* : 477.
- Convention de La Haye du 26 octobre 1968* : 477, 478.
- Convention de New York du 10 juin 1958* : 168, 245, 247.
- Convention portant loi uniforme* : V^o *Unification du droit*.
- Convention unifiante* : V^o *Unification du droit*.
- Convention de Varsovie du 12 octobre 1929* : 122, 168, 171, 174, 180 à 182, 189, 193, 204, 205, 208.
- Convention de Washington (B.I.R.D.) du 18 mars 1965* : 238, 272, 278 à 281, 307.
- Crédit documentaire* : V^o *Chambre de commerce internationale*; *lex mercatoria*.
- Délits* : 77, 116.
- Dénaturation* : 118.
— V^o *Contrôle de la loi appliquée par le juge étranger*.
- Domicile* : V^o *Questions préalables*.
- Droit fiscal international* : 114, 116.
- Droit international privé matériel* : 9, 54, 121 et s., 210, 321, 335.
— (et) *lois de police et sûreté* : 125, 161, 162.
— (et) *règles d'application immédiate* : 162.
— (et) *règles de conflit de lois* : 155 à 164, 222.
— *Tchécoslovaquie* : 158, 159.
— V^o *Arbitrage international*; *contrats internationaux*; *qualification*; *règlements internationaux*.
- Droit pénal international* : 116, 118.
- Droit privé ou droit public* : 16, 17, 47, 48, 61, 101 et s.
— *caractères de la distinction* : 107, 108.
— *critères de distinction* : 105, 110.
— *qualification* : 109.
— V^o *Droit public*.
- Droit public* :
— *lois étrangères (de)* : 78, 116 à 119.
— (et) *question préalable de droit privé* : 115.
- Droit transnational* : 240, 270.
- Droit du travail international* : 54, 79, 89, 96, 114, 262.
— *contrat de travail* : 223.

- Droits acquis* : 117, 119, 366, 373, 376, 377, 388, 407, 413, 417 à 420, 454.
— *exequatur* : 501, 507.
- Election de droit* : V° *Contrats internationaux*.
- Equivalence* : V° *Contrôle de la loi appliquée par le juge étranger*.
- Exequatur* : 117 et s.
— Allemagne (R.F.A.) : 467 à 469, 487, 488.
— Belgique : 470.
— Common Law : 466.
— conditions générales d'octroi : 448, 449, 486, 505, 506.
— Contrôle de la compétence du juge étranger : 461, 486, 505.
— Contrôle d'office de la régularité du jugement étranger : 511.
— Contrôle de la procédure suivie à l'étranger : 462, 486, 499, 505.
— Grèce : 470.
— Italie : 470.
— Pays-Bas : 470.
— Pologne : 467.
— pouvoir de révision : 449, 454, 456, 462, 464, 489 et s., 495, 498, 499.
— rattachement du litige à l'ordre juridique du for : 509.
— réciprocité : 487, 488.
— Suède : 467.
— V° *Contrôle de la loi appliquée par le juge étranger*; *codification du droit international privé français*; *droits acquis*; *fraude à la loi*; *ordre public international*.
- Forme des actes* : 87, 321.
— renvoi : 446.
- Fraude à la loi* : 449, 501, 502, 504.
— contrats : 315.
— (à la) loi étrangère : 504.
- Groupes multinationaux de sociétés* : 340, 341, 359 à 363.
— Allemagne (R.F.A.) : 362.
— (et) conflits de lois : 363.
— critères de rattachement : 360.
- Harmonie internationale des décisions* : V° *Questions préalables*.
- Incorporation (doctrine de l')* : V° *Contrats internationaux*.
- Incoterms* : V° *Chambre de commerce internationale*.
- Internationalisation des contrats* : V° *Arbitrage international*; *contrats internationaux*.
- Investissements internationaux* : V° *Contrats entre Etats et particuliers*.
- Jugement étranger* : V° *Exequatur*.
- Lex mercatoria* : 121, 122, 213, 237 à 239, 242, 252, 253, 256, 279, 338, 364, 365.
— caractère supplétif : 262, 263.
— commission de transport (contrat de) : 257, 261.
— (et) conflits de lois : 260 à 262.
— crédit documentaire : 257, 259, 261.
— production internationale : V° *Contrats entre Etats et particuliers*.
— (et) règles impératives internes : 262.
— U.R.S.S. : 262.
— vente commerciale internationale : 257, 258.
- Localisation* : V° *Contrats internationaux*.
- Loi* :
— du for : V° *Unification du droit*.
— rétroactivité : 419.
- Loi d'autonomie* : V° *Contrats internationaux*.
- Lois anti-trust* : 79, 89, 96, 111, 262.
- Lois monétaires et de change* : 31, 79, 93, 94, 262.
— Allemagne (R.F.A.) : 93.
— Etats-Unis : 93.
— Lois étrangères (de) : 93.
— Pays-Bas : 93.
- Lois d'ordre public* : 19 à 25, 37, 91.
- Lois de police et sûreté* : 9, 11 et s., 22, 35, 37, 45 à 49, 58, 60 et s., 210, 262, 327, 364.
— application : 62 et s.
— caractère bilatéral : 72 à 82, 89, 90.
— contrats : 87, 97, 99.
— Lois étrangères (de) : 75, 91, 95, 99.
— Pays-Bas : 81.
— rattachement à caractère alternatif : 81, 99.

- *V° Codification du droit international privé français ; droit international privé matériel ; normes d'application unilatérales ; règles de conflit de lois.*
- Lois politiques (théorie des) :* 26 à 34, 91.
 - Allemagne (R.F.A.) : 31.
 - Belgique : 33.
 - Pays-Bas : 31.
 - Suède : 31.
 - Suisse : 33.
- Nationalisation :* 33, 57, 92.
- Nationalité :*
 - privilège de nationalité : 80, 99.
 - *V° Questions préalables.*
- Normes d'application unilatérale :* 82, 99, 115, 121.
- Ordre juridique du for :*
 - rattachement du litige (à l') : 21.
 - *V° Exequatur ; règle de conflit de lois ; questions préalables.*
- Ordre juridique international : V° Sociétés internationales.*
- Ordre public international :* 21, 22, 29, 32, 33, 46, 57, 91 à 94, 130, 219, 221, 401, 405.
 - circonstance de rattachement : 23 à 25, 162.
 - effet atténué : 501, 503.
 - effet réflexe de l'ordre public étranger : 516.
 - exequatur : 449, 454 à 456, 469 à 472, 486, 505, 506.
 - (et) ordre public interne : 151 à 154.
 - *V° Arbitrage international ; contrats internationaux ; lois d'ordre public.*
- Ordre public interne :*
 - *V° Arbitrage international ; ordre public international.*
- Procédure :*
 - *V° Arbitrage international ; exequatur ; questions préalables.*
- Qualifications :* 145, 149, 373.
 - *V° Droit privé ou droit public.*
- Questions préalables (théorie des) :* 369 et s., 417.
 - Allemagne (R.F.A.) : 372, 377, 378, 397, 403.
 - Autriche : 376.
 - domicile : 393.
 - Etats-Unis : 372.
 - harmonie internationale des décisions : 378, 379, 395.
 - Italie : 372.
 - Monaco : 400.
 - nationalité : 393.
 - (de) nature procédurale : 392.
 - Pays-Bas : 379.
 - Portugal : 372.
 - rattachement à l'ordre juridique du for : 385, 387, 394 à 397.
 - Suisse : 397.
- Réciprocité :* 118.
 - *V° Exequatur.*
- Régimes matrimoniaux :* 302.
 - conflits de lois dans le temps : 332.
 - renvoi : 334, 335.
- Règle de conflit de lois :*
 - caractère bilatéral : *V° Lois de police et sûreté.*
 - caractère exclusif : 86.
 - caractère impératif : 85.
 - (et) compétence juridictionnelle : 368, 421, 422, 424, 425, 433, 439.
 - générale ou spéciale : 60, 70, 76, 83, 86 à 89, 97 à 99.
 - (et) lois de police et sûreté : 63 et s.
 - rattachement du litige à l'ordre juridique du for : 414, 415, 417, 421 à 426, 460.
 - unilatéralisme : 49 et s., 63 et s., 96.
 - *V° Arbitrage international ; codification du droit international privé français ; contrats internationaux ; droit international privé matériel ; groupes multinationaux de sociétés ; lex mercatoria ; unification du droit.*
- Règlements internationaux (clauses monétaires) :* 9, 87, 122, 127 à 132, 161, 219, 321.
- Règles d'application immédiate (théorie des) :* 7, 9, 12, 21, 35 et s., 102.
 - critères : 38 à 43, 65 à 67.
 - Pays-Bas : 57.
 - *V° Droit international privé matériel.*

- Renvoi* : 56, 58, 75, 98, 237, 280, 368, 371, 373 à 387, 404, 409, 412, 437 à 446, 512 à 515.
 — Grande-Bretagne : 444.
 — Italie : 444.
 — V° *Contrats internationaux ; forme des actes ; régimes matrimoniaux*.
- Révission (pouvoir de)* : V° *Exequatur*.
- S.A.S.* : V° *Sociétés internationales*.
- Savigny* : 8, 34, 37, 91.
- Sécurité sociale* : 114, 116.
- Sociétés* :
 — arbitrage : 352.
 — compagnies européennes du Conseil de l'Europe : 351, 354.
 — société sans loi : 340, 353.
 — V° *Groupes multinationaux de sociétés ; sociétés européennes ; sociétés internationales*.
- Sociétés anonymes européennes* : 183, 354 à 358.
- Sociétés internationales* : 340, 342 à 352.
 — loi applicable (caractères) : 346, 347.
 — rattachement à l'ordre juridique international : 349, 350.
 — S.A.S. : 350.
- Subrogation légale* : 78, 119.
- Territorialité du droit* : 15 à 19, 21, 27, 43, 64, 95.
- Traité franco-anglais du 18 janvier 1934* : 472.
- Traité franco-belge du 8 juillet 1899* : 122, 472.
- Traité franco-italien du 3 juin 1930* : 472.
- Traité franco-suisse du 15 juin 1869* : 122, 472.
- Unification du droit* : 165 et s.
 — Allemagne (R.F.A.) : 196.
 — conflits entre normes unifiées et normes internes : 188 à 194.
 — convention portant loi uniforme (interprétation) : 195 à 203.
 — convention unifiante (interprétation) : 204 à 209.
 — Grande-Bretagne : 175, 206.
 — lacunes matérielles du droit uniforme : 179 à 187.
 — limites territoriales du droit unifié : 170 à 178.
 — Pays-Bas : 173, 175, 207.
 — (et) règles de conflit de lois : 166 et s., 172, 173, 176 à 178, 180, 192, 194 à 203, 207 à 209.
 — renvoi à la loi du for : 181, 208.
 — Suisse : 175.
 — Vénézuéla : 169.
- Unilatéralisme (thèse de l')* : 411.
 — V° *Règle de conflit de lois*.
- Union de Berne du 9 septembre 1886* : 122, 168, 181.
- Union de Paris du 20 mars 1883* : 122, 168.
- Vente commerciale internationale* :
 — V° *Lex mercatoria*.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

PLACE DU PROCÉDÉ CONFLICTUEL DANS UN SYSTÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TITRE PREMIER

RÈGLES DE CONFLIT ET LOIS DE POLICE

CHAPITRE PREMIER

DÉTERMINATION DES NORMES ÉLUSIVES DES CONFLITS DE LOIS (n° 12).....	12
--	-----------

Section I. — L'appel à divers critères fondés sur la nature des normes juridiques (n° 13).....	13
---	-----------

§ 1. — <i>Les distinctions jurisprudentielles</i> (n° 14).....	13
--	----

A. — Caractère territorial de la loi (n° 15).....	14
---	----

B. — Caractère d'ordre public de la loi (n° 19).....	18
--	----

§ 2. — <i>La notion de « lois politiques »</i> (n° 26).....	24
---	----

Section II. — Les tentatives de synthèse : la théorie des règles d'application immédiate (n° 35)	28
---	-----------

§ 1. — <i>Analyse de la théorie</i> (n° 37).....	29
--	----

A. — Critères des règles d'application immédiate (n° 38).....	30
---	----

B. — Implications de la théorie (n° 44).....	34
--	----

§ 2. — <i>Unilatéralisme et règles d'application immédiate</i> (n° 49).....	37
---	----

A. — Unilatéralité partielle vis-à-vis des normes juridiques du for (n° 51).....	38
---	----

B. — Défaut d'unilatéralité vis-à-vis des lois de police étrangères (n° 55)	40
--	----

CHAPITRE II

**MYTHE OU RÉALITÉ D'UN CONFLIT
DES MÉTHODES (n° 60).....**

46

Section I. — L'application des lois de police (n° 62)..... 47§ 1. — *Appel à une règle de conflit* (n° 63)..... 48

A. — Particularisme de cette règle de conflit (n° 64)..... 48

B. — Est-elle susceptible d'être bilatéralisée ? (n° 72)..... 54

§ 2. — *Mise en œuvre de la règle de conflit spéciale* (n° 83)..... 62

A. — Application de la loi de police du for (n° 84)..... 62

B. — Non-application de la loi de police du for (n° 89)..... 66

**Section II. — Rejet de la distinction du droit privé et du droit
public (n° 101).....**

77

§ 1. — *Distinction inutilisable* (n° 104)..... 80§ 2. — *Distinction artificielle* (n° 112)..... 84

TITRE II

**RÈGLES DE CONFLIT
ET RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MATÉRIEL**

CHAPITRE PREMIER

**LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
MATÉRIEL DE SOURCE ÉTATIQUE (n° 125).....**

98

**Section I. — Processus de formation du droit international privé
matériel en jurisprudence (n° 126).....**

98

§ 1. — *Analyse de la jurisprudence* (n° 127)..... 99

A. — Validité de la clause-or (n° 128)..... 99

B. — Autonomie de « l'accord compromissoire » (n° 133)..... 103

C. — Capacité de l'Etat à compromettre (n° 143)..... 112

§ 2. — *Systématisation du processus* (n° 148)..... 116

A. — Sollicitation du rattachement (n° 149)..... 117

B. — Contenu et utilisation de l'exception d'ordre public (n° 151)..... 118

C. — Abandon de la méthode conflictuelle (n° 155)..... 122

Section II. — Particularisme de la méthode suivie (n° 156)..... 123§ 1. — *Les règles de droit international privé matériel dépendantes des
règles de conflit de lois* (n° 157)..... 123§ 2. — *Les règles de droit international privé matériel indépendantes des
règles de conflit de lois* (n° 160)..... 126

CHAPITRE II

**LE DROIT MATÉRIEL PLURI-ÉTATIQUE
ET LES CONVENTIONS D'UNIFICATION DU DROIT** (n° 165) 132

Section I. — Problèmes relatifs au champ d'application du droit unifié (n° 169).....	135
§ 1. — <i>Limites territoriales du droit unifié</i> (n° 170).....	137
A. — Conventions de portée limitée aux Etats contractants (n° 171)	137
B. — Portée universelle de la Convention (n° 176).....	142
§ 2. — <i>Limites matérielles du droit unifié</i> (n° 179).....	146
§ 3. — <i>Conflits entre droit unifié et droit interne</i> (n° 184).....	149
A. — Conflits issus de la loi uniforme (n° 185).....	150
B. — Conflits issus des conventions unifiantes (n° 188).....	152
Section II. — Problèmes relatifs à l'interprétation du droit unifié (n° 193)	156
§ 1. — <i>Interprétation des lois uniformes</i> (n° 195).....	158
§ 2. — <i>Interprétation des conventions unifiantes</i> (n° 204).....	164

DEUXIÈME PARTIE

**EMPRISE DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS
SUR LES RELATIONS ÉCONOMIQUES
INTERNATIONALES**

TITRE PREMIER

**LE DROIT DES CONTRATS PEUT-IL ÉCHAPPER
AU RÈGLEMENT DES CONFLITS DE LOIS ?**

CHAPITRE PREMIER

**LA SOUMISSION DU CONTRAT
A UNE LOI ÉTATIQUE** (n° 216)..... 179

Section I. — Affirmation du principe que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (n° 218).....	180
§ 1. — <i>Principe posé par les ordres juridiques internes</i> (n° 219).....	181
A. — Jurisprudence et législation françaises (n° 219).....	181
B. — Jurisprudences et législations étrangères (n° 224).....	187
§ 2. — <i>Confirmation, sur le plan international, du principe</i> (n° 231)....	192
A. — La jurisprudence internationale (n° 232).....	192
B. — Certains instruments internationaux (n° 233).....	192

Section II. — Les tendances à « l'internationalisation » des rapports contractuels (n° 239).....	196
§ 1. — <i>Contrats internationaux entre particuliers (n° 242).....</i>	198
A. — L'arbitrage, source et révélateur de l'internationalisation des contrats (n° 243).....	199
B. — L'arbitrage, facteur d'atténuation, mais non de disparition des conflits de lois (n° 256).....	208
§ 2. — <i>Contrats internationaux auxquels un Etat souverain est partie (n° 264)</i>	213
A. — Position du problème (n° 267).....	215
B. — Consécration de la pratique (n° 272).....	219

CHAPITRE II

LE PARTICULARISME DU PROCÉDÉ DE DÉTERMINATION DE LA LOI CONTRACTUELLE (n° 282) 227

Section I. — L'opposition des doctrines : subjectivistes contre objectivistes (n° 284).....	229
§ 1. — <i>Exposé des doctrines (n° 285).....</i>	229
A. — Présupposés de chaque doctrine (n° 286).....	229
B. — Conséquences développées (n° 288).....	231
§ 2. — <i>L'évolution du système français à la lumière de ces doctrines (n° 290)</i>	232
A. — Arrêts paraissant consacrer la notion d'incorporation ou admettre ses conséquences (n° 291).....	232
B. — Consécration de l'objectivisme dans la jurisprudence française (n° 293)	235
Section II. — Dualisme du statut contractuel (n° 297).....	237
§ 1. — <i>Proposition d'une thèse dualiste (n° 301).....</i>	240
A. — Réfutation des critiques et défense de la thèse dualiste (n° 302)	241
B. — Eléments de confirmation (n° 305).....	244
§ 2. — <i>Conséquences de la théorie avancée quant au fondement et au régime de la détermination de la loi contractuelle (n° 310).....</i>	249
A. — Dualité absolue de fondement (n° 311).....	249
B. — Dualité limitée du régime (n° 326).....	260

TITRE II

CERTAINES SOCIÉTÉS COMMERCIALES SONT-ELLES SOUS-TRAITES AU RÈGLEMENT DES CONFLITS DE LOIS ?

Section I. — Le statut des « sociétés internationales » et le dépassement des conflits de lois (n° 342).....	275
§ 1. — <i>Le détachement des « sociétés internationales » par rapport aux ordres étatiques (n° 343).....</i>	276

§ 2. — <i>Limites de la solution</i> (n° 348).....	280
Section II. — La situation des sociétés internationales par vocation, mais dépourvues d'un semblable statut (n° 353).....	283
§ 1. — <i>Les sociétés anonymes européennes</i> (n° 354).....	284
§ 2. — <i>Les groupes multinationaux de sociétés</i> (n° 359).....	288

TROISIÈME PARTIE

DOMAINE DE LA RÈGLE DE CONFLIT DU FOR

TITRE PREMIER

INSTANCES INTRODUITES DIRECTEMENT EN FRANCE

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME DIT DES « QUESTIONS PRÉALABLES », OU « INCIDENTES » (n° 369)..... 301

Section I. — Théorie controversée (n° 374).....	305
§ 1. — <i>Discussion de ses avantages pratiques</i> (n° 375).....	306
A. — Critiques des avantages proposés par les auteurs de la théorie (n° 375).....	306
B. — Autres critiques (n° 380).....	310
§ 2. — <i>Discussion de ses fondements théoriques</i> (n° 383).....	312
A. — Examen des fondements proposés (n° 384).....	313
B. — Les objections tirées du droit positif français (n° 388).....	315
Section II. — Théorie limitée (n° 390).....	317
§ 1. — <i>Limites relatives à la question préalable elle-même</i> (n° 391).....	318
A. — Nature de la question préalable (n° 392).....	318
B. — Liens avec l'ordre juridique du for (n° 394).....	320
§ 2. — <i>Limite relative à la question principale</i> (n° 398).....	323
Section III. — Conclusions (provisaires) (n° 402).....	326
§ 1. — <i>Théorie des questions préalables et pratique du droit international privé</i> (n° 403).....	326
§ 2. — <i>Théorie des questions préalables et théorie générale du droit international privé</i> (n° 406).....	328

CHAPITRE II

**LA MISE EN CAUSE DE LA DOCTRINE CLASSIQUE
DANS LA RÉOLUTION
DES CONFLITS DE SYSTÈMES (n° 408)..... 331**

Section I. — Etude critique du système d'exclusion de la règle de conflit du for dans certains litiges (n° 415).....	337
§ 1. — <i>Justifications peu satisfaisantes (n° 416).....</i>	<i>337</i>
A. — Le principe négatif : l'exclusion de la règle de conflit du for (n° 417).....	338
B. — Le principe positif (n° 426).....	346
§ 2. — <i>Résultats peu souhaitables (n° 430).....</i>	<i>350</i>
A. — Inconvénients du système (n° 431).....	351
B. — Absence d'avantages décisifs (n° 436).«.....	354
Section II. — Solution proposée : pour une nouvelle défense de l'appareil classique (n° 437).....	355
§ 1. — <i>Exposé de la solution proposée (n° 438).....</i>	<i>356</i>
§ 2. — <i>Réserves à formuler (n° 445).....</i>	<i>361</i>

TITRE II

EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

CHAPITRE PREMIER

**LE CONTRÔLE DE LA LOI APPLIQUÉE,
FRUIT D'UNE ÉVOLUTION PROPRE
AU DROIT FRANÇAIS (n° 451)..... 368**

Section I. — L'évolution du droit français (n° 451).....	368
§ 1. — <i>Les origines du contrôle de la loi appliquée (n° 452).....</i>	<i>368</i>
§ 2. — <i>Développement et état actuel du contrôle (n° 456).....</i>	<i>371</i>
A. — Développements et principaux traits (n° 456).....	371
B. — Etat actuel du contrôle (n° 460).....	373
Section II. — Sommes-nous en présence d'une évolution propre au droit français ? (n° 465).....	378
§ 1. — <i>L'isolement relatif du système français (n° 466).....</i>	<i>378</i>
A. — Systèmes connaissant un contrôle limité de la loi appliquée (n° 467).....	379
B. — Rôle de l'ordre public en certains pays (n° 470).....	381
§ 2. — <i>Place du contrôle de la loi appliquée dans les conventions internationales (n° 472).....</i>	<i>383</i>
A. — Conventions bilatérales (n° 472).....	383
B. — Conventions multilatérales (n° 475).....	385

CHAPITRE II

**LE CONTRÔLE DE LA LOI APPLIQUÉE,
TERME DE L'ÉVOLUTION
DU DROIT FRANÇAIS (n° 480).....**

389

Section I. — Les prétendus dangers du contrôle de la loi appliquée (n° 481).....

390

§ 1. — *Contrôle et coopération judiciaire internationale (n° 482).....*

390

§ 2. — *Contrôle et pouvoir de révision (n° 489).....*

395

A. — *Etendue du contrôle (n° 490).....*

395

B. — *Admission de l'équivalence (n° 495).....*

399

Section II. — Nécessité du maintien du contrôle de la loi appliquée

(n° 500).....

403

§ 1. — *Nécessité pratique du maintien de ce contrôle (n° 501).....*

403

A. — *La vérification de la loi appliquée dans le règlement français des conflits de lois (n° 502).....*

404

B. — *La vérification de la loi appliquée dans le contrôle de régularité internationale des jugements étrangers (n° 505).....*

406

§ 2. — *Nécessité logique du maintien de ce contrôle (n° 507).....*

408

A. — *Justification rationnelle (n° 507).....*

408

B. — *De quelques difficultés (n° 513).....*

413

CONCLUSIONS (n° 519).....

417

BIBLIOGRAPHIE

420

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES

439

TABLE ALPHABÉTIQUE

445

TABLE DES MATIÈRES

451

Imp. F. BOISSEAU, RUE DU TAUR, 34 - TOULOUSE (FRANCE)
Dépôt légal, 2^e trimestre 1973

